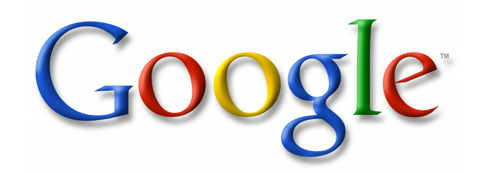
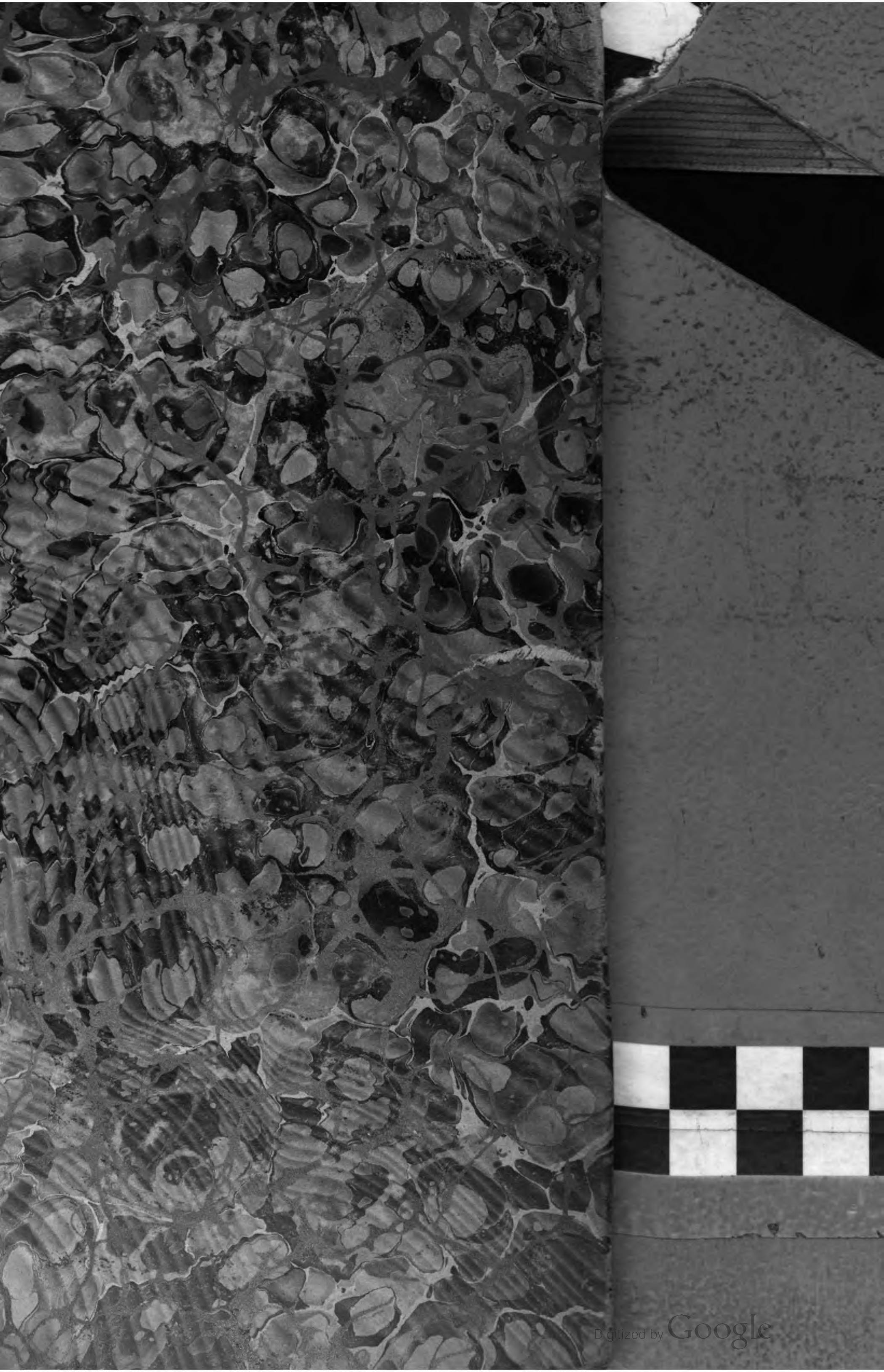
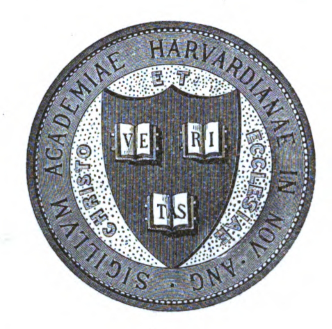





SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV. ANG.
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

LES LOIS ROMAINES

SUR LE CAUTIONNEMENT

PAR

CH. APPLETON

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LYON

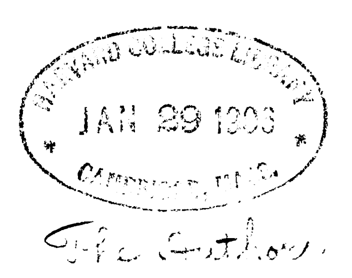


WEIMAR

HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER

1905




HARVARD COLLEGE LIBRARY
JAN 29 1903
CAMBRIDGE, MASS.

Les lois romaines sur le cautionnement.

Par

Ch. Appleton,

Professeur à l'Université de Lyon.*)

Sommaire.

1. Objet de cette étude. — 2. Dispositions des lois Appuleia et Furia, diverses dates qu'on leur assigne. — 3. Examen du système d'après lequel la loi Furia étant antérieure à la loi Vallia, serait par là même antérieure à la loi Aebutia. — 4. Ce système repose sur la prétendue antériorité de la loi Vallia sur la loi Aebutia. — 5. Mais rien ne prouve cette antériorité: ni l'ordre suivi par Gaius, ni les vraisemblances générales. — 6. Cette doctrine repose inconsciemment sur l'idée, aujourd'hui abandonnée, que la loi Aebutia aurait aboli la manus injectio. — 7. D'ailleurs la loi Vallia peut fort bien être postérieure à 654, donc pas d'objection de ce chef contre la date de 654 pour la loi Furia. — 8. Dira-t-on que cette date est bien basse pour une lex minus quam perfecta? Mais la loi Furia de sponsu avait-elle ce caractère? — 9. Arguments pour l'affirmative. Réfutation. En droit le créancier ne conservait nullement la faculté de réclamer le tout à chaque caution, mais en fait il pouvait arriver qu'il exigeât d'une caution plus que sa part, en lui dissimulant l'existence d'autres cautions, d'où la loi Cicereia qui prescrit la publication du nombre des cautions. — 10. Réfutation des autres arguments de l'affirmative; leur manque d'esprit pratique. — 11. D'ailleurs, si l'on n'admet pas que la loi Furia réduisait ipso jure l'action du créancier, on se met en contradiction avec Gaius et l'on tombe dans d'inextricables difficultés. — 12. Puis, si le créancier avait conservé son action intégrale, quelle aurait été la sanction de la division pour le fidepromissor, auquel la loi Publilia n'accorde pas, comme au

*) Dédié aux auteurs des *Mélanges Ch. A.*, en témoignage de profonde reconnaissance.

sponsor, la manus injectio? — 13. Caractère étrangement protéique qu'aurait présenté la loi Furia dans ce système; tout s'explique au contraire très naturellement quand on voit dans la loi Furia de sponsu une lex perfecta. — 14. Les bénéfices de la loi Appuleia et de la loi Furia étaient-ils réservés aux seuls citoyens? Fragment récemment découvert des Disputationes d'Ulpien: il en résulte que la loi Furia ne s'appliquait en règle qu'aux cautions *domiciliées* en Italie. — 15. La question de l'applicabilité des lois romaines aux pérégrins ne peut se poser que devant des magistrats romains, le Préteur pérégrin notamment, et à l'égard des pérégrins soumis à leur juridiction. — 16. L'applicabilité des lois de droit privé aux pérégrins dépend de la question de savoir si l'institution réglementée appartient au droit civil ou au droit des gens. — 17. Donc, en tant qu'elles visent la fidepromissio, institution de droit des gens, les lois sur le cautionnement doivent être appliquées aux pérégrins par les magistrats romains. Confirmation implicite de cette solution par Gaius III, 120. — 18. Si la loi Furia, notamment, n'avait été applicable qu'entre romains, on l'aurait tournée aisément en interposant un créancier pérégrin, comme on faisait avant le Plébiscite de 561 (loi Sempronia) pour éluder les lois contre l'usure. Pourquoi ces lois ne s'appliquaient-elles pas aux pérégrins (note)? — 19. Si nos lois n'avaient été applicables qu'entre romains, elles n'auraient pas parlé de la fidepromissio, qu'elles visent expressément (preuves en note) mais seulement de la sponsio. — 20. Impossibilités pratiques auxquelles on aboutirait si la loi Appuleia, notamment, n'était pas applicable aux pérégrins. — 21. Origine conventionnelle de la société entre cautions introduite par la loi Appuleia et nouvelle preuve de son applicabilité aux pérégrins. — 22. Au surplus, en ce qui touche le cas normal, celui de dette d'argent, la loi Furia du moins était nécessairement applicable aux Latins et alliés, car la loi Sempronia de 561 les a assimilés aux citoyens pour le *jus pecuniae creditae*. — 23. Dernière considération en faveur de l'applicabilité de nos lois aux pérégrins. — 24. Date des lois sur le cautionnement: loi Publilia; on ne saurait affirmer qu'elle soit antérieure à 486. — 25. Caractère populaire de ces lois; caractère révolutionnaire et italophile de la loi Furia, leur connexité. Cela permet de fixer avec une probabilité plus que suffisante la date de ces lois au milieu du VIIe siècle de Rome. — 26. Caractère différent de la loi Cornelia (666 ou 673). — 27. Conclusion. Méthode des applications pratiques, ou méthode expérimentale appliquée à l'histoire du droit. Nécessité de l'esprit pratique chez l'historien du droit.

---

1. Dans un article publié il y a près de trente ans, j'avais cherché à déterminer le caractère politique et juridique des lois Appuleia et Furia *de sponsu*, destinées à rendre moins dure la situation des cautions.[1]) Quant à leur date, diverses considérations historiques m'avaient porté à me ranger à l'opinion, généralement enseignée en France à cette époque[2]), et qui plaçait ces lois vers le milieu du VII[e] siècle de Rome.

---

[1]) *Etude sur les sponsores, fidepromissores et fidejussores, épisode des luttes entre la Plèbe et le Patriciat au VII[e] siècle de Rome.* (Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère, 1876 p. 541 à 581.) — [2]) Maynz, *Cours de droit romain,* 3[e] édition p. 405; Ortolan, *Instituts,* 10[e] édition t. II p. 230; Demangeat, *Cours,* 3[e] édition p. 317, 319. — On plaçait la loi Appuleia en 652, visiblement à cause du fameux Appuleius Saturninus qui fut tribun en 651 et 654 (voy. Pauly-Wissowa, V[o] Appuleius n. 29 p. 261), et la loi Furia de sponsu en 659 à cause d'un autre tribun, Publius Furius. Il fallait dire 655, ce tribun ayant été tué à cette date. Voy. l'article précité p. 458, Appien, Guerres civiles I, 33; Valère-Maxime VIII, 1, Damnatio 2; Cic. pro C. Rabirio 9 et Ernesti, Clavis Ciceronis, Index historicus; Orose V, 17; Dion-Cassius, frag. 280. — En Allemagne, Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte I pp. 50, 366, mettait la loi Appuleia et la loi Furia en 364 de Rome; la loi Publilia serait de Publilius Philo, tribun de la Plèbe en 370 et Quinquevir mensarius en 402. — Schulin, Lehrbuch der Geschichte des röm. Rechtes, 1889 p. 351, met la loi Appuleia en 363 de Rome, la loi Furia en 409, la loi Cicereia en 581, la loi Cornelia en 666. Voigt, Jus naturale IV, 423, cité par Cuq, Institutions I[1] p. 703 n. 6 et p. 704 n. 3, conjecture que la loi Publilia fut proposée par Publilius Philo, en 427; la loi Appuleia se placerait entre 523 et 536, date qu'il assigne à la loi Furia. Ces auteurs ne donnent d'ailleurs guère d'autre raison que la présence aux dates indiquées d'un personnage portant un nom correspondant à celui de la loi. — Il est à peine besoin de faire remarquer que toutes les dates antérieures à l'acquisition de la première province, la Sicile en 513, doivent être repoussées pour la loi Appuleia, et par conséquent pour les lois Furia, Vallia, Cicereia, Cornelia, qui lui sont postérieures. En effet la loi Appuleia s'appliquait aux provinces (Gaius III § 122). Parler ici d'une extension postérieure de la loi, ce n'est pas seulement faire une hypothèse gratuite, mais imputer à Gaius une erreur (En ce sens Girard, Manuel[3] p. 751 n. 3). Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II p. 733 et s., tout en admettant que la loi Appuleia peut dater d'une époque où Rome avait des provinces, déclare qu'elle appartient encore, comme la loi Furia, à l'époque des actions de la loi. Mais comme ces actions, et notamment la manus injectio, ne furent pas abolies par la loi Aebutia, mais seulement par les leges judiciariae d'Auguste (probablement en 737)

Des auteurs plus récents[1]) ont fait valoir des objections contre cette date et fait remonter ces deux lois au sixième siècle, car les dates antérieures sont généralement abandonnées.[2])

Dans les observations qui vont suivre nous nous proposons de rechercher la valeur des objections contre la date du septième siècle et de compléter sur d'autres points notre étude de 1876, notamment sur la question de savoir si la loi Furia de sponsų était une lex *minus quam perfecta*; si les lois sur le cautionnement étaient applicables aux pérégrins etc.[3])

La découverte récente d'un fragment d'Ulpien[4]) qui précise la sphère d'application de la loi Furia et nous éclaire ainsi indirectement sur sa portée politique, nous fournit une occasion toute naturelle de revenir sur ces questions, et leur donne un regain d'actualité.

2. Rappelons brièvement le dispositif des lois Appuleia et Furia.

La loi Appuleia, la première en date, applicable même

---

cela ne précise guère la date. Sur l'époque où il place la loi Publilia, voyez plus bas § 24. — Voyez encore, toujours pour le sixième siècle: Padeletti, Storia del diritto romano, 1878, p. 199—200, où l'on trouve les raisons décisives contre les dates antérieures au sixième siècle; Landucci, Storia del Diritto romano [2], 1895, I p. 95; E. Costa, Corso di Storia del Diritto romano, 1901, p. 17 n. 35. — En résumé on peut considérer actuellement comme à peu près abandonnées pour les lois Appuleia et Furia les dates du cinquième ou du quatrième (!) siècle de Rome. Il n'y a plus qu'à opter entre le sixième siècle (c'est l'opinion dominante aujourd'hui en Allemagne, en France, en Italie) et le septième siècle, date adoptée par les auteurs français d'il y a trente ans et à laquelle nous avons adhéré.

[1]) Cuq, Institutions juridiques I [1] p. 704 n. 3 et 2e édition p. 253 n. 4. — Cuq, *Dict. des antiquités* de Daremberg et Saglio V° *Lex*, considère les lois Appuleia, Furia, Cicereia comme étant postérieures à 513, et vraisemblablement du VIe siècle. La loi Cornelia serait probablement de 673—681. — Quant à la loi Publilia, il se borne à déclarer qu'elle remonte à une date assez ancienne. — Girard, Manuel [3] pp. 746 n. 1, 751 n. 3, 756 n. 3. — [2]) Voyez l'avant dernière note. — [3]) Nous ne traitons donc pas ici du cautionnement en général, mais seulement *des lois* y relatives. — [4]) Lenel, Sitzungsberichte der k. p. Akad. der Wiss., philosoph.-hist. Klasse, 1904, XXXIX p. 1165.

aux cautions reçues en province, donnait au sponsor ou fidepromissor, qui avait payé toute la dette, des actions contre ses collègues pour leur part, établissant ainsi entre eux une sorte de société.[1])

La loi Furia allait plus loin: elle divisait la dette entre les sponsores et fidepromissores existant au moment de l'échéance et éteignait leur obligation par le laps de deux ans à partir de cette échéance.[2])

Ces deux avantages n'étaient accordés par la loi Furia qu'aux sponsores et fidepromissores reçus *(accepti)* en Italie.[3])

Sans doute la fidéjussion n'existait pas encore alors, sans quoi les lois Appuleia et Furia, qu'elle élude, n'auraient pas manqué de la comprendre dans leurs dispositions.[4])

Pour sanctionner énergiquement la division de la dette entre les cautions, la loi Furia donnait au sponsor (au sponsor seul, notons le bien, non au fidepromissor) la manus injectio contre le créancier qui lui aurait fait payer plus que sa part (Gaius IV § 22).

3. On s'est appuyé sur cette disposition pour soutenir, contrairement à l'opinion des auteurs par nous suivis, que la loi Furia et par conséquent la loi Appuleia étaient bien antérieures au milieu du VIIe siècle, et devaient remonter au VIe siècle. On a dit[5]):

»La loi Furia, qui fait naître une manus injectio pro judicato est, d'après la vraisemblance et le langage de Gaius[6]), antérieure à la loi Vallia qui transforma tous les

[1]) Gaius III § 122. — [2]) Gaius III § 121. Le délai est le même que celui de l'usucapion des immeubles »On a conjecturé, dit Cuq (*Institutions* [2] p. 253 n. 6), que la loi eut pour but de faire disparaître une différence injustifiée entre la caution *(vas)* qui avait garanti contre l'éviction un acquéreur par mancipation et celle qui avait garanti la promesse du simple ou du double dans une vente sans mancipation: Voigt I, 614, 56; Karlowa II, 734«. — [3]) Gaius III § 122: lex quidem Furia tantum in Italia valet; voy. aussi Gaius III § 121: »Sed cum lex Furia tantum in Italia locum habeat ...« Voyez aussi, plus bas § 14, le fragment nouvellement découvert des Disputationes d'Ulpien, livre III (Lenel op. cit.). — [4]) Voyez notre article précité p. 564 et s. — [5]) Girard, Manuel [3] p. 751 n. 3. Voyez aussi p. 746 n. 1 et 756 n. 3. — [6]) Gaius IV § 25: Sed *postea* lege Vallia .....



cas de manus injectio, sauf deux, en cas de manus injectio pura (Gaius IV, 25).

»Or la loi Vallia est elle-même antérieure à la loi Aebutia qui date, verrons nous, du début du VII[e] siècle.

»Cela ne permet guère de descendre plus bas que la fin du VI[e] siècle pour la loi Furia ..... La supposition de M. Appleton, pp. 557, 558, attribuant cette loi au tribun P. Furius, mort en 655, nous paraît donc inexacte.«

4. Ce raisonnement serait concluant s'il était établi que la loi Vallia est antérieure à la loi Aebutia. Il repose tout entier sur ce postulat. Nous disons: postulat[1]):

En effet, qu'est-ce qui prouve que la loi Vallia soit antérieure à la loi Aebutia! Landucci[2]) la place après celle-ci.

Ah! quand on enseignait que la loi Aebutia avait aboli toutes les actions de la loi[3]), notamment la manus injectio[4]), le raisonnement était inpeccable. Dans ce système, la loi Vallia, qui adoucit la manus injectio, se plaçait nécessairement avant la loi Aebutia qui la supprime.

Mais cette opinion n'est plus soutenue, et M. Girard enseigne lui-même que la manus injectio a survécu plus d'un siècle à la loi Aebutia.[5])

Sur quel motif pourrait-on baser maintenant cette prétendue antériorité de la loi Vallia sur la loi Aebutia?

---

[1]) On voit énoncer cette idée comme un axiôme: »Or la loi Furia est elle-même antérieure à la loi Aebutia ..« (Senn, *Leges perfectae* ... etc. Paris, 1902; excellente Thèse de doctorat, pleine d'une solide érudition, dont l'auteur a été nourri à trop bonne école pour qu'on ne l'excuse pas d'avoir parfois, comme ici, juré sur la parole du maître). — [2]) Storia del Diritto romano [2], 1895, I p. 96. — [3]) Sauf bien entendu l'actio sacramenti dans les deux cas signalés par Gaius IV, 31. — [4]) Accarias Précis [4] t. II p. 688 in fine (n° 747): »La manus injectio dut disparaître par l'effet même de la loi Aebutia.« — [5]) Manuel [3] p. 986 n. 2; 988 n. 1. La manus injectio n'aurait été abolie que par les leges Juliae, probablement de 737, tandis que la loi Aebutia se place selon Girard entre 605 et 628. Voyez les textes cités dans Wlassak, Röm. Prozeßgesetze I p. 91 s. et notamment: lex coloniae Genetivae Juliae cap. 61, de 710, Girard *Textes* [3] p. 88. Voyez encore Girard Textes [3] p. 88: ce chap. 61 prouve: »que la *manus injectio* ne fut pas supprimée par la loi Aebutia« ...

L'excellent Manuel que nous venons de citer n'en donne aucun, mais voici ce que nous lisons dans le très important travail du même auteur sur la date de la loi Aebutia.[1])

»La loi Aebutia ne peut, d'après l'ordre suivi par Gaius dans son exposé du système des Actions de la loi, ni surtout d'après les vraisemblances générales, être antérieure à la loi Vallia qui transforma la manus injectio en manus injectio pura dans tous les cas sauf deux (Gaius IV, 25)«:

5. Mais le fait que Gaius parle de la loi Vallia au § 25, et de la loi Aebutia au § 30, après avoir terminé (par des détails sur la pignoris capio) l'exposé des cinq Actions de la loi, ne fournit pas le moindre indice en faveur de l'antériorité de la loi Vallia sur la loi Aebutia.

En effet, Gaius a pour but de nous exposer d'une manière didactique les deux systèmes de procédure. Sous peine de tout embrouiller — lui si méthodique! — il lui faut présenter d'abord un tableau complet de toutes les Actions de la loi, et nous signaler, à propos de chacune d'elles, les lois qui l'ont introduite ou modifiée; donc la loi Vallia, quelque soit sa date, à propos de la manus injectio.

Passant ensuite au système formulaire, il nous cite tout d'abord la loi Aebutia, qui la première l'introduisit dans une mesure plus ou moins large, et en tous cas sans toucher à la manus injectio. Si les deux systèmes avaient constitué des blocs intangibles, succédant tout d'une pièce l'un à l'autre, la loi Aebutia, qui introduit le second, serait nécessairement postérieure à la loi Vallia qui ressortit au premier; mais ils empiètent l'un sur l'autre; l'histoire, elle, ne suit pas un ordre didactique!

Par conséquent, quelqu'ait été en réalité l'ordre chronologique des lois Aebutia et Vallia, cela ne pouvait rien changer à l'ordre didactique qui s'imposait à Gaius: il devait épuiser la liste de lois relatives aux Actions de la loi avant de passer à celles qui organisèrent le système formulaire.

---

[1]) *Nouvelle Revue historique*, 1897, p. 281, réimpression de Z. S.-St. XIV, 1893, pp. 11—54.



Au surplus on n'insiste pas sur cet argument dont on semble avoir compris l'inanité, et l'on invoque *surtout*: »les vraisemblances générales«.[1])

Ces »*vraisemblances générales*« nous échappent entièrement; dès lors l'argument se dérobe à toute réfutation précise: on en est réduit à des conjectures.

6. Nous n'imputerons à personne l'apparence de raisonnement qui consisterait à dire: »la loi Vallia, relative à la manus injectio, donc à une Action de la loi, doit être antérieure à la loi Aebutia relative au système formulaire.«

Ce serait là une réminiscence inconsciente de l'enseignement d'Accarias.

Le savant maître rejetait la date de 659 (ou plutôt 655) pour la loi Furia, parce que »cette loi introduisit une nouvelle application de la manus injectio pro judicato. Or il paraît certain qu'en 659 *cette* manus injectio avait déjà disparu (n°s 482 et 747)«.

Comme c'est la loi Vallia qui a fait disparaître la manus injectio pro judicato, la phrase précédente équivalait à dire: »Il paraît certain que la loi Vallia est antérieure à 659.« Et cela était parfaitement logique dans la doctrine d'Accarias qui plaçait la loi Aebutia au VIe siècle, et qui enseignait qu'elle a fait disparaître la manus injectio; la loi Vallia, qui adoucit la manus injectio, étant nécessairement antérieure.

Mais pour les auteurs plus récents, qui n'admettent plus cette abolition de la manus injectio par la loi Aebutia, il n'y a plus aucune raison de croire que la loi Vallia lui soit antérieure. Et quand on les voit, sous une forme un peu différente, reproduire en somme l'objection d'Accarias, on se demande s'il n'y a pas là un exemple de ce phénomène psychologique bien connu, qui nous fait rester inconsciemment imbus des conséquences d'une doctrine anciennement apprise, même après en avoir répudié le principe.

7. Dira-t-on avec un éminent romaniste, qui se refuse à placer la loi Furia de sponsu en 655[2]):

---

[1]) Girard, Nouv. Rev. Hist., 1897, p. 281. — [2]) Cuq, Institutions juridiques t. I[1] p. 704 n. 3.

»Il est difficile d'admettre que la loi Furia, qui accorde la manus injectio pro judicato, soit d'une époque aussi basse; la manus injectio pura aurait été généralisée par la loi Vallia presqu'à la veille des lois judiciaires d'Auguste.«

Mais d'abord il y a 82 ans, soit près de trois générations d'hommes, entre 655 et 737 (date probable des lois judiciaires d'Auguste). Cela donne une large marge pour placer la loi Vallia après la loi Furia, sans se trouver pour cela à la veille, ni presqu'à la veille, des leges Juliae judiciariae.

D'un autre côté la loi Vallia peut avoir suivi de très près la loi Furia de sponsu; elle est dans le même courant d'idées, hostile aux créanciers, favorable aux cautions: hostile aux créanciers auxquels elle enlève l'arme de la manus injectio pro judicato, en permettant au débiteur de faire opposition, sans avoir à fournir de vindex, à toute manus injectio non basée sur un jugement; favorable aux cautions, en ce qu'elle maintient au profit du seul sponsor et pour assurer son remboursement, cette manus injectio pro judicato qu'elle supprime dans tous les autres cas.[1])

En résumé, dans l'état actuel de nos connaissances, il n'est pas permis d'affirmer que la loi Vallia soit antérieure à la loi Aebutia, ni même, à défaut de tout indice sérieux, de considérer cette antériorité comme probable; nous n'en savons absolument rien.[2])

On ne saurait donc s'appuyer sur ce postulat arbitraire pour repousser a priori d'autres hypothèses[3]), notamment celle qui place la loi Furia en l'an 654 ou 655 de Rome.

---

[1]) Gaius IV §§ 22, 25. — [2]) Toutefois, si l'on arrivait à déterminer la date de la loi Furia de sponsu, comme la loi Vallia lui est, tout le monde en convient, postérieure, on aurait une limite supérieure pour la loi Vallia. — [3]) Ni a fortiori s'appuyer sur cette hypothèse gratuite pour déterminer la date de la loi Aebutia. Cela n'altère en rien d'ailleurs la valeur des autres raisons réunies par M. Girard dans son beau travail sur la date de la loi Aebutia. Nouv. Rev. Hist. 1897, p. 249—294, Z. S.St. XIV, 1893, p. 11—54. On s'est appuyé aussi sur l'idée que la loi Vallia ne serait pas postérieure au début du VII[e], pour déterminer la date de la loi Marcia de foenore (Senn, op. cit. p. 98 n. 1). C'est bâtir sur le vide.

8. Mais contre cette date ne pourrait-on pas présenter quelqu'objection plus sérieuse?

Tâchons d'en imaginer; il le faut bien, n'en ayant trouvé nulle part. La question n'a jamais été examinée à fond; on s'est contenté de la fin de non recevoir tirée de la loi Vallia. Cette fin de non recevoir devant être écartée comme reposant sur un malentendu, nous en appelons avec confiance à un examen plus approfondi.

Contre la date de 655 pour la loi Furia de sponsu, objectera-t-on, par exemple, qu'il est peu vraisemblable de placer à une date si tardive, après l'introduction partielle du système formulaire, une lex minus quam perfecta? [1])

Mais la loi Furia de sponsu a-t-elle vraiment ce caractère?

9. Je sais bien qu'emboîtant le pas à l'ingénieux mais souvent bien audacieux Huschke, plusieurs auteurs l'ont soutenu.[2])

Huschke basait son opinion sur trois motifs:

1° Gaius IV § 22 nous apprend que certaines lois avaient donné la manus injectio pro judicato, par exemple: »lex Furia de sponsu adversus eum qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset«. Raisonnant dans les sphères abstraites de la théorie, au lieu de se placer, comme il

---

[1]) Ulpien Reg. I, 1: »Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam injungit ei qui contra legem facit«... — [2]) Huschke, Gaius p. 87; Karlowa, Rechtsgeschichte II p. 734; Girard, Manuel [3] p. 752 n. 1; Senn, op. cit. p. 78. En sens contraire on peut citer Maynz II p. 406, 3e ed.; Ortolan 10e ed. II p. 239; Accarias II p. 193. On pouvait hésiter sur l'opinion de Cuq, Institutions I [1] p. 704: »divisant *de plein droit* la dette entre les cautions« .. »le créancier ne peut demander à chacune d'elles qu'une part virile«. Il ajoute il est vrai plus loin »la sanction était rigoureuse; le créancier qui a exigé de la caution plus que sa part, s'expose à être ... emmené comme judicatus«. Mais les deux choses se concilient aisément, comme le voit très bien Cuq, en ce que »Les cautions pouvaient s'engager successivement, sans se connaître. Si à l'échéance l'une d'elles était insolvable, le créancier se gardait bien de le dire et rejetait sur les autres une perte qui aurait du être à sa charge« Cuq, op. cit. 2e ed. p. 254. — Mais dans cette 2e ed. p. 253, 254 n. 1 Cuq admet que la loi Furia était *minus quam perfecta*, et qu'elle obligeait seulement le créancier à diviser son action, à peine de manus injectio.

fallait, au point de vue pratique, Huschke concluait de là que la loi Furia n'avait pas enlevé au créancier *le droit* de faire condamner la caution à lui payer le tout, puisqu'elle supposait qu'il l'y avait contraint (exegisset), et se bornait à le menacer d'une peine, s'il usait de ce droit.

C'était donc, selon lui, une lex minus quam perfecta.

On a déjà saisi le vice de ce raisonnement. La manus injectio comminée contre la créancier »qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset« ne prouve nullement que ce créancier eût conservé *le droit* d'exiger de l'un des sponsores plus que sa part, mais prouve seulement qu'il pouvait arriver *en fait* qu'il se fît payer plus que la part de cette caution, en lui dissimulant le nombre des répondants entre lesquels devait se fractionner la dette.[1]) Que cette fraude fût pratiquée en effet, nous en avons une preuve certaine, puisqu'une loi postérieure, la loi Cicereia rapportée par Gaius[2]) a précisément été faite pour la déjouer, en obligeant le créancier qui reçoit un sponsor ou un fidepromissor, à déclarer publiquement l'objet de la dette principale et le nombre des cautions qu'il recevra.[3])

Remarquons d'ailleurs que Gaius (IV, 22) ne dit pas: »qui a sponsore *solidum* exegisset« mais: »plus quam virilem partem exegisset« ce qui cadre bien mieux avec l'hypothèse d'une fraude consistant à dissimuler le nombre des cautions[4])

---

[1]) Cuq, Institutions[2] I p. 254, cité à la note précédente. — [2]) Gaius III § 123: »Praeterea lege Cicereia cautum est, ut is qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedicat palam et declaret et de qua re satis accipiat et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit.« ... — [3]) Le nombre des cautions étant connu, chacune d'elles sait la part pour laquelle elle peut être poursuivie, à moins que l'un de ses collègues ne meure avant l'échéance, ce dont le créancier devra naturellement justifier. En pratique le créancier déclarait sans doute, non seulement le nombre, mais le nom des cautions qui notaient soigneusement sur leurs livres le nom de leurs collègues. Cicéron (ad Atticum XII, 17) ne se souvenant plus s'il a cautionné Cornificius, prie Atticus de vérifier ce point »ex cosponsorum tabulis«. Pour exercer le recours que lui ouvre la loi Appuleia, chaque caution à besoin de connaître le nom de ses collègues; leur solvabilité contribuera à la disposer à donner son cautionnement. — [4]) Si l'une des cautions est devenue insolvable, le créancier a tout intérêt à dissimuler son existence et l'on est tenté d'excuser cette

et par suite à reclamer à chacune d'elles une fraction trop forte, qu'avec celle d'un créancier reclamant la totalité de la dette.[1])

Prévoyant cette fraude de la part des créanciers dont elle lèsait gravement les droits[2]), la loi Furia commina contre eux la manus injectio pro judicato pour un chiffre qui ne nous est pas connu, peut-être un multiple (le quadruple?) de la somme ainsi extorquée à la caution.

La menace de la manus injectio vise donc, non pas *le droit* qu'aurait conservé le créancier d'agir pour le tout contre une des cautions, comme on le prétend, mais *le fait* qu'il aurait pu au point de vue pratique reclamer à l'une d'elles plus que sa part en lui dissimulant l'existence d'autres cautions.

Cette menace n'était pas un remède suffisant, car il était difficile à la caution lésée de prouver que le créancier avait dissimulé l'existence d'autres cautions. Croit-on que celles-ci, exposées à un recours eventuel de la part de la première, viendront se dénoncer?

Il fallait donc assurer à la caution cette preuve, en forçant le créancier à publier le nombre des cautions, et c'est précisément ce que fit la loi Cicereia.

10. 2° Huschke allègue encore que, d'après Gaius III, 122, l'on discutait la question de savoir si après la loi Furia la caution ne gardait pas, même en Italie, le recours que la loi Appuleia lui donnait contre ses collègues. Cela ne s'explique, dit Huschke, que si l'on admet que le créancier

fraude, tellement la loi est injuste d'ordonner la division de la dette entre toutes les cautions, même insolvables.

[1]) Le mot exegisset (qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset) fait penser à une poursuite judiciaire, dit avec raison Girard Manuel[3] p. 752 n. 1, qui cite Karlowa, Legisactionen p. 193. Voy. aussi Senn, op. cit. p. 83. — [2]) Elle leur fait grief à trois points de vue: 1° Elle rend prescriptible par deux ans l'obligation des cautions qui était viagère; 2° Elle rend leur obligation conjointe, de solidaire qu'elle était, et force le créancier à recevoir une série de paiements partiels; 3° Quelque soit le nombre des cautions, le créancier est sûr de perdre si l'une d'elles est insolvable et même plus il y aura de cautions et plus il y aura de chances pour que l'une d'elles devienne insolvable avant l'échéance.

avait gardé le droit d'actionner l'une des cautions pour le tout.[1])

Mais non! Il suffit de supposer, comme tout à l'heure que la caution trompée par le créancier sur le nombre des répondants, a payé plus que sa part.[2])

3° Le troisième argument de Huschke est si faible que ses successeurs ne l'ont pas reproduit: »Interpréter la loi Furia, dit-il (p. 87) comme limitant à sa part virile l'obligation contractée par chaque caution, ne se concilie pas avec le fait que la division s'opère au moment de l'échéance: »eo tempore quo pecunia peti potest« (G. III, 121).

Croire que les praticiens qui rédigeaient les lois romaines se laissaient arrêter par des scrupules théoriques de cette espèce, c'est se faire beaucoup d'illusion. Il était déjà bien dur de faire supporter au créancier les insolvabilités survenues entre le contrat et l'échéance; cependant on peut à la rigueur être à peu près sûr qu'une personne ne deviendra pas insolvable dans un délai donné. Mais diviser la dette au moment du contrat, c'eut été faire perdre au créancier les parts des cautions décédées dans l'intervalle, fait contre lequel aucune prudence humaine ne peut garantir.

Toute cette argumentation pèche donc par l'absence d'esprit pratique, qualité malheureusement plus rare chez les théoriciens du droit, en particulier les romanistes, que la richesse de l'érudition ou l'ingeniosité de la pensée; qualité aussi nécessaire pourtant à l'historien du droit qu'au commentateur des législations modernes.[3])

En résumé, l'erreur de Huschke et de ses successeurs vient de ce qu'ils ont cru inconciliables entre elles les deux sanctions de la loi Furia: la division de plein droit de la dette et le recours contre le créancier qui aurait fait payer

---

[1]) Karlowa, Röm. Rechtsg. II p. 734; Senn, op. cit. p. 84 n. 1. — [2]) La publicité prescrite par la loi Cicereia rend cette fraude plus difficile. A défaut de cette publicité la caution est libérée en faisant constater l'infraction dans les 30 jours (G. III, 123). Que si elle le néglige et qu'elle soit trompée par suite de l'absence de déclaration, on comprend qu'on ait hésité à lui conserver le bénéfice de la loi Appuleia contre ses collègues. — [3]) Voyez la fin de cette étude.

à la caution plus que sa part. Pratiquement les deux dispositions se cumulent très bien, et par suite l'idée que la loi Furia serait une lex minus quam perfecta ne repose sur rien.

11. D'ailleurs elle soulève de graves objections.

1° D'abord Gaius dit positivement qu'en vertu de la loi Furia la dette se divise entre les sponsores et fidepromissores, de sorte que chacun n'est obligé que pour sa part.[1]) Par conséquent le créancier ne peut plus les poursuivre, *ipso jure*, que dans cette mesure. Les expressions de Gaius sont aussi claires que possible: »in tot partes diducitur obligatio . . . singuli in viriles partes obligantur«. Elles font antithèse avec celles qu'il emploie pour désigner l'effet du bénéfice de division accordé aux fidéjusseurs par le rescrit d'Hadrien et qui opère exceptionis ope.[2]) Par la menace de cette exception, le créancier est forcé (compellitur) de ne reclamer à chacun que sa part. Voilà l'expression dont Gaius aurait dû se servir — et dont il ne se sert pas — pour désigner l'effet de la loi Furia, si cette loi n'avait pas divisé elle-même la créance, mais forcé le créancier à diviser son action par la menace d'une peine. Gaius pouvait difficilement employer des expressions plus claires pour marquer qu'en vertu de la loi Furia la division avait lieu ipso jure, et exceptionis ope seulement en vertu du rescrit d'Hadrien; c'est bien ainsi d'ailleurs que tout le monde l'avait d'abord compris. Par conséquent, prétendre que sous le régime formulaire les sponsores et fidepromissores n'étaient pas libérés de plein droit, mais seulement par l'effet de l'exception: »Si quid contra legem senatusve

---

[1]) Item sponsor et fidepromissor leg*e* Furi*a* biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes d*i*ducitur inter eos obligatio, et singuli *in* viriles partes *oblig*antur. De même au § 122, Gaius nous dit que la loi Appuleia a été votée avant la loi Furia, à l'époque où les sponsores et fidepromissores étaient encore obligés pour le tout: »quo tempore in solidum obligabantur«. — [2]) Exception: »si non et illi (alii fidejussores) solvendo sint«; D. (46, 1) 28 — Gaius III, 121: »Sed nunc ex epistula divi Hadr*iani conpel*l*itur* creditor a singulis, qui modo solvendo sint, par*tes* pet*ere*.

consultum factum esse dicetur«[1]), cela équivaut à dire que Gaius s'est grossièrement trompé sur ce qui se passait sous ses yeux et nous a présenté comme opérant ipso jure un moyen consistant en une exception qu'il fallait faire insérer dans la formule.

Ni Karlowa ni Huschke n'ont pris avec Gaius de pareilles libertés. Aucun d'eux ne nie la division ipso jure de l'obligation, mais pour Karlowa c'est seulement depuis l'introduction du système formulaire que, l'action contre le créancier en restitution d'un multiple étant tombée en desuétude[2]), l'on a interprété la loi Furia comme réduisant l'obligation des cautions à leur part virile.[3]) — Mais on ne comprend guère comment la jurisprudence, après avoir interprété la loi Furia comme conservant au créancier son action intégrale, aurait, par un revirement total, décidé que cette action se divisait ipso jure, et l'on ne voit pas en quoi le système formulaire aurait pu déterminer ce revirement. On comprendrait bien mieux qu'il eût permis de donner une exception, et à cet égard le système de Lenel serait soutenable s'il n'était formellement démenti par Gaius. Enfin qu'est-ce qui prouve que la loi Furia n'appartienne pas au système formulaire?

La palme de l'ingéniosité revient à Huschke. Pour résoudre l'antinomie que l'on crée gratuitement entre Gaius III, 121 et Gaius IV, 22, quand on considère la loi Furia comme *minus quam perfecta*, il imagine que le créancier avait contre la caution deux actions: l'une pour le tout, résultant du cautionnement, l'autre pour sa part, créée par la loi Furia elle-même.[4]) C'est dommage que cette dernière cadre mal avec les termes de Gaius: »in tot partes diducitur inter eos obligatio« (III, 121). Ce n'est pas une obligation *nouvelle* que la loi crée, c'est *l'ancienne* qu'elle divise.

[1]) Sur l'exception en question voy. Lenel, Edit, trad. Peltier II p. 262; voyez aussi I p. 247 n. 1: »Il n'était point proposé d'exception legis Furiae (conf. Demelius, *Untersuchungen* p 16 n. 6); elle tombait sous la rubrique générale du § 279« (si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur). — Le savant auteur de l'Edit a été suivi par Senn, *op. cit.* p. 83 n. 4; p. 87 n. 2. — [2]) Pourquoi? C'est ce que Karlowa omet d'expliquer, et pour cause. — [3]) Karlowa II p. 735. — [4]) Huschke, Gaius p. 87 et s.



On voit dans quelles inextricables difficultés on s'empêtre quand on admet qu'il y a antinomie entre la division de plein droit de la dette entre les cautions et le recours contre le créancier qui, trompant la caution sur le nombre de ses collègues, lui aurait fait payer plus que sa part.

12. 2° A un autre point de vue s'élève une nouvelle objection:

Si la dette n'est pas divisée de plein droit, si le sponsor et le fidepromissor peuvent être contraints de payer le tout, le sponsor sans doute pourra se faire indemniser par la manus injectio pro judicato de Gaius IV, 22. Mais le fidepromissor? Gaius, qui au Commentaire III §§ 118—123, à propos des lois sur le cautionnement, ne mentionne jamais le sponsor sans ajouter le fidepromissor[1]), au Commentaire IV § 22 au contraire, quant il s'agit de la manus injectio contre le créancier »qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset« se garde d'ajouter: »aut fidepromissore«. Et cela se comprend si l'on admet, comme on le fait généralement, que les pérégrins, sauf concession spéciale, ne jouissaient pas de la legis actio.[2]) Or le sponsor est nécessairement citoyen, mais le fidepromissor peut être un pérégrin.[3]) Si la loi Furia avait, en notre matière, donné la legis actio aux habitants de l'Italie[4]), Gaius aurait, comme d'habitude, mis ici le fidepromissor à côté du sponsor. Puisque, contrairement à son habitude, il ne nous cite ici que le sponsor, c'est que le sponsor seul jouissait de la manus injectio contre le créancier. Mais alors quelle serait pour le fidepromissor la sanction de la division de la dette, si l'on admet que le créancier conservait son action intégrale? En ce qui touche le fidepromissor la loi Furia ne serait plus seulement une loi minus quam perfecta, mais une loi imperfecta, dépourvue de sanction![5])

---

[1]) Les mots: »sponsor et (*ou* aut) fidepromissor« s'y rencontrent dix fois. — [2]) Girard, Manuel [3] p. 985 n. 3; Girard, Histoire de l'organisation judiciaire des romains I p. 213 et s., et les auteurs qu'il cite p. 213 n. 4. — [3]) Gaius III, 93, 120. — [4]) Comme le suppose Senn, op. cit. p. 75. — [5]) Ou du moins n'ayant pas d'autre sanction que le refus par le magistrat de la legis actio. Il nous semple en effet certain que le magistrat pouvait et devait même refuser de se prêter à



13. Mais alors cette loi présenterait un caractère vraiment protéique. Minus quam perfecta quant à la division de la dette entre les sponsores, imperfecta quant à cette division entre les fidepromissores, elle serait d'ailleurs, de l'avis de tous, perfecta en ce qui touche l'extinction du cautionnement par le laps de 2 ans depuis l'échéance.[1]) Au bout de ce temps l'obligation s'éteignait de plein droit, le créancier perdait son action. On se demande alors comment la loi qui a pu le plus, c'est à dire éteindre entièrement l'action du créancier dans ce cas, n'aurait pas pu le moins, c'est à dire limiter cette action à l'égard de chaque caution à sa part virile? Logiquement elle aurait dû, dans le système que nous combattons, tout en laissant subsister l'action du créancier, le menacer de la manus injectio s'il poursuivait après les deux ans.

Pourquoi enfin cette menace contre le créancier qui reclame plus que la part de la caution, et non pas contre celui qui la poursuit après les deux ans? Cela s'explique parfaitement quand on admet que la dette se divise de plein droit entre les cautions. Malgré cette division la caution peut être condamnée à payer plus que sa part, si le créancier dissimule le nombre des adpromettants; il est donc utile d'obvier à cette fraude par la menace d'une peine. Au contraire la caution ne saurait ignorer que sa dette est échue depuis deux ans et que la prescription lui est acquise;

l'accomplissement de ses rites, toutes les fois que c'était pour tenir la main à l'exécution d'une loi. En tous cas, en ce faisant il échappait à toute responsabilité, en vertu de la clause traditionnelle par laquelle, au dire de Ciceron (ad Atticum III, 23, 2) se terminaient toutes les lois, le caput tralaticium de impunitate (si quid contra alias leges ejus legis ergo factum sit) dont la lex de imperio Vespasiani nous a transmis la formule: »Si quis .... quod eum ex lege .... facere oportebit, *non fecerit hujus legis ergo*, id ei fraudi ne esto« etc. Dans un sens analogue, Cuq, Dict. des antiq. V° *lex* p. 1123 in fine, dit à propos des leges imperfectae: »Elles se contentaient peut-être d'inviter le magistrat à refuser son concours, lorsqu'il serait necessaire pour parachever l'acte conclu au mépris de la loi.«

[1]) Girard, Manuel[3] p. 757; Senn, op. cit. p. 108. On cite en ce sens des textes du Digeste originairement relatifs à la sponsio: (17. 1) 29 § 6; (46. 3) 71 § 1; (46. 1) 69; et même, quoiqu'il soit moins net: (12, 6) 59.

aucune fraude n'est possible ici, il n'y avait donc pas lieu d'établir une peine contre le créancier.

Le système qui soulève de telles objections n'est donc pas admissible; une même loi ne saurait présenter à la fois des caractères si opposés: être perfecta quand il s'agit d'enlever au créancier son droit d'action, minus quam perfecta au contraire quand il ne s'agit que de le diminuer. La loi Furia de sponsu est une loi de tout point perfecta, et il n'y aurait aucun argument à tirer de son prétendu caractère de lex minus quam perfecta, qui est une erreur, pour la faire remonter au VIe siècle, au temps de la loi Furia testamentaria par exemple.[1])

14. Pour arriver à déterminer la date probable de la loi Furia de sponsu, il est nécessaire de préciser la nationalité des cautions à qui cette loi et celles inspirées par le même intérèt, la loi Appuleia notamment, devaient profiter.

La loi Furia, dit Gaius III § 122: »tantum in Italia valet, Appuleia vero etiam in ceteris provinciis«. On s'est demandé si la loi Furia s'appliquait en Italie non seulement aux citoyens, mais aussi à tous les habitants des villes alliées, lesquels ne devinrent citoyens romains qu'après la guerre sociale?[2]) On ne s'est pas posé, mais on doit se poser la même question à propos de la loi Appuleia.

---

[1]) Cette loi se place, d'après l'opinion générale, entre la loi Cincia de 550 et la loi Voconia de 585; elle est en tous cas antérieure à cette dernière. Elle défend d'accepter, littéralement de *prendre* des legs de plus de 1000 as et, au lieu d'annuler les legs supérieurs à ce chiffre, se borne à frapper le légataire contrevenant d'une amende du quadruple, ce qui lui donne le caractère d'une lex minus quam perfecta (Ulpien Reg. § 1). Il ne faudrait pas en conclure d'ailleurs que ce fût là le caractère commun des lois de cette époque. Dans le cas de la loi Furia testamentaria, le législateur a pris une voie détournée pour ne pas violer ouvertement le texte formel de la Charte fondamentale de l'Etat, la loi des XII Tables qui portait: »Uti legassit, ita jus esto.« — [2]) Pour tous les Italiens: Mommsen, Droit public romain, traduction Girard, t. VI, 2 p. 327 n. 8; Senn, op. cit. p. 75. Voyez aussi Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II p. 733: »dans les rapports des citoyens et des alliés latins«. — Pour les citoyens romains seulement: Wlassak, op. cit. II p. 157; Krüger, Sources, trad. Brissaud p. 155 n. 2; Lenel, Edictum perpetuum, trad. Peltier I p. 245 n. 1; Cuq, Institutions I [1] p. 704.

Et d'abord quelle lumière peut nous apporter sur la loi Furia le fragment récemment découvert des Disputationes d'Ulpien[1]):

»Lorsqu'il s'agit de la loi Furia, nous regardons le lieu où le sponsor[2]) a été reçu, non le lieu où a été contractée l'obligation principale. De sorte que s'il y a deux sponsores, dont l'un a été reçu en Italie et l'autre en province, la loi ne profite qu'à celui qui est Italien.«

On sait d'ailleurs qu'en droit romain l'obligation est censée contractée au lieu où elle est payable.[3])

Or, pratiquement, les obligations portent sur des sommes d'argent et sont payables au domicile du débiteur.[4]) Donc les cautions reçues en Italie sont celles dont l'obligation est payable en Italie; pratiquement ce sont les cautions domiciliées en Italie. C'est pourquoi Ulpien a pu nous dire: (lex Furia) »eum demum relevat, qui *Italicus* est«.

En résumé la loi Furia ne s'applique, en règle, qu'aux sponsores ou fidepromissores *domiciliés* en Italie.

Lenel[5]) remarque à ce propos que cela démontre l'inexactitude de l'interprétation de Wlassak, suivant laquelle »tantum in Italia valet« voudrait dire: »n'est pas applicable par des magistrats à compétence extra-italique«. En effet le fragment d'Ulpien prouve que la loi s'est préoccupée uniquement du lieu où le sponsor (ou fidepromissor) a été reçu, ce qui pratiquement revient à dire: du lieu où la caution est domiciliée, comme nous l'avons vu.

---

[1]) Lenel, loco cit.: »u*t* in Furi*a* *lege* spectamus ubi spo*nsor* acceptus est, non ubi obli*gatio* con*tra*cta cui sponsus ac*ced*it; denique ex duobus *sp*onsoribus, quorum alter in Italia *alt*er in provincia acceptus *est*, e*um* *d*emum relevat q*ui* *Ita*licus est.« Les lettres en italique ont été restituées par Lenel. — [2]) Si Ulpien ne mentionne ici que le sponsor, sans ajouter le fidepromissor, c'est d'abord parce qu'il ne parle ici de la loi Furia qu'incidemment, à propos de la question de savoir à quels contrats de gage s'applique la prescription longi temporis du droit de gage. Il faut remarquer ensuite que les Disputationes d'Ulpien ont été écrites sous le règne de Caracalla, et que la constitution qui donne le droit de cité à tous les habitants de l'Empire est de 212, c'est à dire du début de ce règne. Par suite, tout le monde, ou peu s'en faut, pouvait s'obliger par la sponsio, et la fidepromissio n'était plus usitée. — [3]) D. (42. 5) De reb. auct. jud. pos. 3. — [4]) Loco cit. p. 1176 n. 2. — [5]) Op. cit. II p. 157.

Mais cela ne tranche pas la question de savoir si elle ne s'applique qu'aux citoyens romains domiciliés en Italie, ou bien même aux Pérégrins c'est à dire aux latins (nomen latinum) et aux alliés. Cette question est controversée, comme nous l'avons vu.

15. Nous n'avons pas, bien entendu, l'intention de traiter ici la question de l'applicabilité aux pérégrins des lois romaines en général.[1]) Un mot seulement sur la manière de la poser. Si l'on se demande si Rome empiétait sur l'autonomie des cités alliés, si elle légiférait pour elles notamment en matière de droit privé, et par exemple si le plébiscite Sempronien de 561, qui étend aux alliés et au nomen latinum (du moins dans leurs rapports avec les citoyens) le droit romain relatif aux dettes d'argent, notamment la limitation du taux de l'intérêt, si ce plébiscite, disons-nous devait être appliqué par les magistrats des cités alliées, à leurs ressortissants, il nous semble, malgré l'autorité de Mommsen[2]) que la réponse ne peut être que négative. Il n'y a pas la moindre preuve ni le moindre indice de l'applicabilité, dans ce sens là, d'une loi de droit privé aux pérégrins. Au contraire, des textes formels proclament l'autonomie législative des cités alliées.[3])

La véritable question est de savoir si le *magistrat romain*, à Rome, si en Italie, dans les multiples localités où des magistrats de Rome, ou leurs délégués, ou des

---

[1]) Wlassak, Röm. Prozeßgesetze II p. 89—93; 103—104; 141—182, et les auteurs cités notamment p. 90 n. 9 et 10. — Girard, Manuel [3] p. 110 n. 4. — Mommsen, Droit public, trad. VI, 2 p. 325 et s., 385 et s. — Krüger, Sources, trad. p. 154 et s. — Cuq, Institutions [2] p. 157 n. 4. Généralement on pose la question de savoir si les lois de droit privé étaient applicables aux pérégrins, notamment aux Italiens, comme s'il s'agissait d'imposer aux magistrats des villes alliées l'obligation d'appliquer les lois romaines à leurs ressortissants non romains. A mon gré il ne peut être question de cette énormité; c'est devant les magistrats romains seulement (préteurs, leurs délégués ou magistrats municipaux) que la difficulté s'élève. — [2]) Loco cit. p. 327 et n. 8. — [3]) Cicéron, pro Balbo 8, 21: »quas (leges) Latini voluerunt, adsciverunt«; Aulu-Gelle XVI, 13, 6: »neque ulla populi Romani lege adstricti, nisi in quam populus eorum fundus factus esset«. Voyez sur ces textes Mommsen, op. cit. p. 324 n. 5.

magistrats municipaux romains possédaient la juridiction propre ou déléguée, ces magistrats romains devaient appliquer telle ou telle loi romaine aux *pérégrins qu'ils avaient sous leur juridiction* c'est à dire à ceux qui résidaient à Rome où dans ces localités?

La question se posera notamment à Rome devant le Préteur pérégrin. Rome est un lieu de paiement s'il en fût; or le lieu du paiement détermine la compétence[1]) et en outre, comme nous l'avons vu, l'application à la caution des bénéfices de la loi Furia.

16. Dans ces conditions et en ce qui touche les lois de droit privé, les seules dont nous ayons à nous occuper ici, il nous semble que la question d'applicabilité de la loi romaine aux pérégrins doit se résoudre séparément pour chaque loi, et que sa solution découle d'un principe très simple.

Si la loi règlemente une matière de droit civil[2]), comme le testament, il est clair qu'elle ne s'applique pas aux pérégrins, par ex. la loi Furia testamentaria, la loi Voconia, la loi Falcidie, qui d'ailleurs le dit expressément.[3])

Mais si la loi règlemente une institution de droit des gens, dont les pérégrins sont admis à jouir à Rome, il n'y a aucune raison de ne pas leur en appliquer les dispositions.

Ce principe n'est pas contesté pour les coutumes et la jurisprudence romaines, pour les Edits des magistrats, notamment des Ediles, toutes les fois que ces coutumes, cette jurisprudence etc., s'appliquent aux autres contrats de droit des gens, comme la vente, le louage etc.

Et si des lois proprement dites avaient réglementé les effets de la vente, du louage etc., nul ne contesterait que ces lois, tout aussi bien que les règles jurisprudentielles, ne fussent applicables aux pérégrins, puisque les pérégrins sont valablement parties à ces contrats.

17. Or la fidepromissio, elle aussi, est un contrat de droit des gens, Gaius (III, 94) l'affirme expressément.

Donc les lois romaines concernant la fidepromissio com-

---

[1]) D. (42. 5) De reb. auct. jud. pos. 1, 2, 3. — [2]) Jus proprium civitatis G. I, 1; Inst. I, 2 § 1. — [3]) D. Ad legem Falcidiam (35. 2) 1 pr.

prennent nécessairement les pérégrins et le Préteur pérégrin doit les leur appliquer, comme il leur applique les règles reçues à Rome sur les effets des autres contrats de droit des gens. Il ne leur appliquerait pas au contraire les règles des contrats ressortissant au jus civile: par exemple il ne considérerait pas un pérégrin comme obligé par une transcriptio a persona in personam faite sur le Codex d'un citoyen romain, parce que ce contrat est de droit civil.[1]) De même en cas de *sponsio* faite par un pérégrin.

Les lois Appuleia, Furia, Cicereia présentent à la fois l'un et l'autre caractère; elles parlent de la sponsio et de la fidepromissio. En ce qui touche la sponsio, institution du droit civil pur, elles sont inapplicables aux pérégrins »cum quibus sponsus communio non est«.[2])

Mais en ce qui touche la fidepromissio, institution de droit des gens[3]), elles doivent naturellement profiter aux pérégrins.

Un texte de Gaius vient d'ailleurs confirmer cette idée :

Gaius III § 120: »Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus et alio jure civitas ejus utatur.«

Cette extinction du cautionnement par la mort de la caution ne résulte pas d'une loi; c'est une règle coutumière romaine remontant sans doute à la plus haute antiquité, faisant partie du vieux jus civile.[4]) C'était une idée si bien établie qu'elle s'appliquait même au cas où un romain s'obligeait comme caution envers un créancier pérégrin par la fidepromissio; le verbe spondeo étant exclusivement réservé aux relations entre citoyens.

Mais pourquoi Gaius prend-il le soin de nous avertir que cette règle du vieux droit romain ne s'applique pas au

---

[1]) Gaius III § 133. — [2]) Gaius III §§ 179, 93. — [3]) Gaius III § 93: »ceterae vero (verborum obligationes) juris gentium sunt.« — [4]) C'est là une conception qui semble commune à presque toutes les législations primitives; voyez: Esmein, Études sur les contrats dans le très ancien droit français pp. 89—90; pp. 131—132; Kohler, Zeitschr. für vergl. R.-W. 2, 1882, p. 183 cités par Girard, Manuel[3] p. 745 n. 1.



fidepromissor pérégrin? Plus une règle du droit civil est ancienne, et moins ce semble on peut penser à l'appliquer à des non citoyens. A fortiori quand Gaius nous parle, par exemple, de la prescription par deux ans de l'obligation des sponsores et des fidepromissores, cause d'extinction beaucoup plus récente, il devrait nous avertir qu'elle ne s'applique pas non plus au fidepromissor pérégrin! Pourtant il n'en fait rien. Cela s'explique à merveille, si les règles du cautionnement établies par les lois Appuleia, Furia etc., s'appliquent aux *fidepromissores* pérégrins; il est utile alors de nous prévenir que l'intransmissibilité, coutume évidemment commune aux Romains et à leurs voisins, peut-être à tous les Italiens, ne s'appliquait au fidepromissor pérégrin que si telle était aussi sa loi nationale; cela ne s'explique point dans l'hypothèse contraire.[1])

18. Plaçons nous maintenant au point de vue des conséquences pratiques.

Si la loi Furia n'avait été applicable qu'entre citoyens, si notamment elle n'avait pu être invoquée par un citoyen engagé comme caution envers un créancier pérégrin, alors rien n'eut été plus facile que de la tourner par un procédé très familier aux Romains:

Au VIe siècle de Rome les usuriers, pour échapper aux lois limitatives du taux de l'intérêt, et qui ne s'appliquaient qu'aux citoyens[2]), mettaient leurs créances au nom d'un homme de paille, latin ou allié, jusqu'à ce que le plébiscite Sempronien, de 561, eût coupé court à cette fraude en décidant: »ut cum sociis ac nomine latino creditae pecuniae jus idem quod cum civibus romanis esset«.[3])

---

[1]) D'ailleurs cela se comprend très bien, c'est une question d'intention, et le pérégrin dont la loi nationale ne comporte pas cette exception à la transmissibilité des obligations, doit être considéré comme ayant voulu s'engager pour lui et pour ses héritiers, comme on s'engage toujours dans son pays. — [2]) Liv. XXXV, 7: »ut in socios qui non tenerentur his legibus (fenebribus) nomina transcriberent: ita libero fenore obruebant debitores«; Wlassak, op. cit. II p. 152. — [3]) Liv. XXXV, 7, Wlassak, op. cit. II p. 152, 153. Cet auteur montre très bien qu'il ne s'agit ici, selon les termes mêmes du plébiscite, que des rapports entre citoyens et alliés, et non d'une réglementation des rapports des alliés entre eux, ce qui eût été un

On eût fait de même pour éluder la loi Furia: le créancier romain se serait dissimulé derrière un prête-nom étranger, qui aurait pu poursuivre les cautions pour le tout et sans avoir à craindre aucune prescription! La fraude est d'autant plus à redouter qu'elle serait vraiment excusable: la loi en forçant le créancier à diviser son action entre les cautions même insolvables, lui fait injustement grief.

---

empiètement flagrant sur leur autonomie, comme l'ont admis à tort les auteurs qu'il cite p. 153 n. 34. Avant ce plébiscite, les alliés n'étaient pas soumis, même sur le territoire romain, aux lois limitatives du taux de l'intérêt (Liv. eod.). Plusieurs auteurs (Voigt, Jus naturale IV, 2 p. 177 et s.; Wlassak, op. cit. II p. 90 et s.; Mitteis, Reichsrecht p. 116 n. 3 in fine) ont donné de ce fait des explications qui n'ont pas satisfait Krüger Sources, trad. p. 155 n. 2. — Le droit comparé, si suggestif parfois, fournit ce nous semble une solution plus plausible. On sait que le Deutéronome (XXIII, 19, 20) interdit l'intérêt entre Israëlites et l'autorise à l'égard des étrangers. Les lois de Manou VIII, 142 font varier le taux maximum de 2 % à 5 % par mois selon la caste de l'emprunteur. Chez beaucoup de peuples anciens, certaines relations sont réglées entre citoyens par la coutume (la loi) tandis que dans les rapports avec les étrangers, elles sont réglées uniquement par la convention et forment ce que Sumner-Maine appelle: le droit du marché. Il en est ainsi souvent du prix des choses, du salaire d'un artisan: entre concitoyens, unis par des liens de confraternité qui ne permettent pas d'abuser des besoins de l'acheteur, il est invariablement fixé par la coutume; s'il s'agit d'un étranger, le prix sera laissé à la libre convention. Voyez Sumner-Maine, *Village communities* p. 190, 196, 197 = *Études d'histoire du droit,* trad. 1889 p. 245—262. — P. 247: »Il n'est pas convenable de passer un marché trop lucratif aux dépens d'un proche ou d'un ami.« Ainsi il y a deux prix: le prix entre citoyens, réglé par la coutume, et le prix dans les rapports avec l'étranger, qui est le prix du *marché*, réglé par les lois de l'offre et de la demande. L'argent est une marchandise dont le loyer est fixé entre citoyens par la coutume, qui ne permet pas de trop abuser des besoins de l'emprunteur. Dans ce sens Sumner-Maine, *Études d'histoire du droit* p. 245, cite le Senchus Mor: les vieilles lois irlandaises distinguaient, pour le loyer de la terre, la rente extorsive (en anglais: *Rack-rent*) imposée aux membres d'une tribu étrangère, de la rente équitable *(Fair-rent)* exigible dans l'intérieur de la tribu. Vis à vis des étrangers, il n'y a d'autre loi que la convention, le cours du marché, quel qu'il soit; *naturellement on subit la réciprocité.* De nos jours encore on trouverait des traces de ce phénomène dans les stations balnéaires où les choses ont deux prix, l'un pour les étrangers, l'autre pour les indigènes.

19. **Mais il y a mieux: nos lois visaient expressément**[1]) **la fidepromissio.**

[1]) Expressément .... Cela n'est pas contesté pour la loi Appuleia. Cuq, Institutions² I p. 253: »La loi Appuleia s'applique au fidepromissor comme au sponsor.« Le savant romaniste ajoute toutefois (p. 254 n. 2): »D'après Gaius III, 121, la loi Furia s'applique au fidepromissor aussi bien qu'au sponsor. C'est peut-être une extension due à la jurisprudence. Le nom de cette loi *de sponsu* (Gaius IV, 22) semble indiquer qu'elle fut édictée en faveur des sponsores«. Cet indice est plus que faible, car si Gaius IV, 22, ajoute au nom de la loi Furia le qualificatif »*de sponsu*«, c'est uniquement pour la distinguer de la loi Furia *testamentaria* dont il parle au § suivant. Pour réaliser ce but, le mot »*de sponsu*« (qui d'ailleurs peut se prendre dans le sens de cautionnement en général) suffisait, et il n'était pas nécessaire d'indiquer exactement tout le contenu de la loi. — L'hypothèse d'une extension jurisprudentielle est d'ailleurs inadmissible pour plusieurs raisons. — D'abord elle s'inscrit en faux contre le témoignage précis de Gaius III, 121: »item sponsor et fidepromissor *lege Furia* biennio liberantur«. En principe on ne doit récuser ce témoin très autorisé que pour de très graves motifs; ce qui n'est pas le cas. D'autant plus qu'il ne s'agit pas ici d'une époque préhistorique, mais du texte d'une loi du VIIe siècle, à notre gré, ou suivant nos adversaires, du VIe. Or, Gaius connait dans ses moindres détails le texte des lois du VIe siècle, et non pas seulement de celles qui étaient encore en vigueur de son temps, comme la loi Furia *de sponsu*, mais encore de celles abrogées depuis deux cents ans, comme le prouve l'observation qu'il fait (IV, 24 in fine) à propos de la loi Furia testamentaria. D'ailleurs Gaius ne peut pas confondre ici les dispositions textuelles de la loi avec une extension jurisprudentielle ultérieure, lui qui quelques lignes plus bas, à propos de la loi Cicereia, ce complément de la loi Furia, distingue si bien le texte d'un usage extensif postérieur: »Qua lege fidejussorum mentio nulla fit, sed in usu est, etiam si fidejussores accipiamus, praedicere« (Gaius III, 123). Cette extension coutumière de la publicité prescrite par la loi Cicereia (Gaius ne dit pas qu'on ait aussi étendu la sanction si rigoureuse: libération des cautions) se comprend aisément, mais on ne comprendrait pas que les tribunaux se fussent, sans texte, arrogé le droit de restreindre l'obligation du fidepromissor et même de l'éteindre au bout de deux ans, enfin et surtout d'accorder à ce fidepromissor la manus injectio, cette action de la loi, sans texte de loi! Car si on étend au fidepromissor les autres dispositions de la loi, pourquoi ne pas étendre aussi celle-là? — Puis on se demande pourquoi la jurisprudence se serait arrêtée en si beau chemin et n'aurait pas étendu aussi la loi Furia à la fidéjussion dès qu'elle est apparue; pourquoi il a fallu attendre plusieurs siècles et un rescrit d'Hadrien pour que les fidéjusseurs obtinsent le bénéfice de division? Enfin il est certain que la loi

Or, si elles n'avaient été destinées qu'à régler les rapports des citoyens romains entre eux, elles n'auraient pas soufflé mot de la fidepromissio, car entre citoyens, avant l'invention de la fidéjussion, on cautionne toujours par la sponsio. Il ne pouvait pas entrer dans l'esprit d'un romain s'engageant envers un romain comme caution, de prendre la formule de la fidepromissio. Cela aurait eu pour résultat de lui faire perdre contre le débiteur principal le recours que la loi Publilia sanctionnait si énergiquement par la manus injectio pro judicato; depuis la loi Furia de lui faire perdre le recours contre le créancier qui lui aurait fait payer plus que sa part; et enfin, ce qui serait plus grave encore peut-être, de faire douter de la qualité de citoyen des parties contactantes. Ici l'intérêt du créancier s'ajoute à celui du débiteur.

Cette simple observation, que suggère immédiatement la méthode des »applications pratiques«[1]) suffit pour rendre insoutenable l'idée que les lois Appuleia, Furia, Cicereia auraient concerné exclusivement les rapports des citoyens entre eux. Il est certain qu'elles réglaient tout au moins les rapports des citoyens avec les pérégrins d'Italie (loi Furia) ou même de province (loi Appuleia).

Mais n'exagérons rien et voyons dans quelle mesure la preuve est rigoureusement faite. On pourrait dire en effet: »Oui, la loi Furia, par exemple, s'appliquera dans les rapports des citoyens romains avec les pérégrins, en ce sens que si un citoyen se porte fidepromissor envers un créancier pérégrin (la sponsio étant impossible ici, vue la personne du créancier) cette caution *romaine* n'en jouira pas moins des bénéfices octroyés aux cautions par les lois en question.[2])

Cicereia mentionnait expressément les fidepromissores, puisque Gaius souligne son silence sur les fidéjusseurs. Pourquoi en aurait-il été autrement de la loi Furia dont la loi Cicereia a pour but unique d'assurer l'observation? — Il n'est pas sans intérêt, pour déterminer la date de nos lois, d'insister sur ce que la fidepromissio était visée par leur texte même, et non par une jurisprudence extensive ultérieure.

[1]) Voyez plus bas § 27. — [2]) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht p. 118 considère comme possible que la loi Furia fût applicable *contre* un créancier pérégrin.

Mais il n'est pas rigoureusement démontré que si un pérégrin s'engage comme caution, naturellement par la fidepromissio, envers un créancier pérégrin, ou même citoyen romain, cette caution *pérégrine* jouisse des mêmes bénéfices.«

Il est vrai, ce n'est pas encore rigoureusement démontré par le seul fait que nos lois parlaient de la fidepromissio.[1]) Mais voyons si la seconde proposition ne serait pas un corollaire obligé de la première.

Voici un citoyen romain et un pérégrin domicilié à Rome, qui sont alternativement à l'égard l'un de l'autre créancier et fidepromissor. Quand ce sera le Romain qui sera créancier, il pourra poursuivre le Pérégrin pour le tout; quand ce sera le Pérégrin, il ne pourra demander au fidepromissor Romain que sa part virile dans la dette! Et le même Préteur, les mêmes juges changeront de décision suivant la nationalité du créancier!

Est-ce possible? Et ne voit-on pas que puisqu'il s'agit d'un contrat de droit des gens, accessible aux pérégrins, les effets du contrat doivent rester les mêmes, quelque soit le rôle qu'y jouent le citoyen et le pérégrin?

Le sens commun dicte cette solution, l'histoire la confirme. Il importait peu aux auteurs du plébiscite Sempronien et au peuple qui le vota que les alliés et les Latins fussent ou non dévorés par l'usure des capitalistes romains. C'est le citoyen seul, bien entendu, que l'on voulait protéger contre le pérégrin qui prêtait souvent son nom à un optimate romain. Mais comme il n'était pas possible de décider que les lois sur l'usure pourraient être invoquées par le citoyen débiteur du pérégrin, et non par le pérégrin débiteur du citoyen, ce qui eût été une iniquité par trop révoltante, on statua qu'en matière de pecunia credita on appliquerait aux relations des citoyens et des Latins ou alliés, le droit en vigueur entre citoyens.

La loi Furia ne pouvait procéder autrement et refuser au pérégrin débiteur d'un citoyen les privilèges qu'elle accordait au citoyen débiteur de ce même pérégrin.

[1]) Mais c'est déjà démontré par cela seul que la fidepromissio est un contrat de droit des gens, comme nous l'avons vu, et sans parler des autres raisons exposées plus loin.



20. Prenons maintenant la loi Appuleia et voyons les conséquences pratiques auxquelles on arrive, quand on n'admet pas qu'elle puisse être invoquée par un fidepromissor pérégrin. Supposons deux cautions: un citoyen et un pérégrin. Le citoyen qui a payé toute la dette n'aura donc point de recours contre son collègue le pérégrin?[1])

Et s'il y a deux cautions romaines et une pérégrine, et qu'un des citoyens ait payé, on ne pourra bien entendu lui refuser un recours contre l'autre caution romaine, mais pour combien? Pour la moitié, comme si la caution pérégrine n'existait pas, ou bien pour un tiers? Et depuis la loi Furia, quel pérégrin aurait voulu s'obliger comme caution avec des collègues jouissant du droit de cité? Autant s'obliger tout seul, car s'il paye, pas de recours contre ses collègues, et il est bien sûr qu'en cas d'insolvabilité du débiteur c'est à lui que le créancier s'adressera, puisqu'à lui on peut demander la totalité, tandis qu'à ses collègues privilégiés le créancier ne peut demander que leur part!

Tout cela n'est pas pratiquement possible. Les lois en question ont réglementé *le contrat de cautionnement*, soit qu'il intervienne entre citoyens (sponsio) soit qu'il y entre des éléments étrangers (fidepromissio). Envers un même créancier romain peuvent être obligées, comme cautions de la même dette, des sponsores romains et des fidepromissores étrangers. Ce n'est pas seulement entre sponsores ou entre fidepromissores, dans chacun de ces groupes, que la loi Appuleia a établi une sorte de société, c'est, pour donner à l'expression de Gaius toute sa portée, entre sponsores *et* fidepromissores[2]), c'est à dire même s'il y a pour garantir la même obligation des sponsores romains *et* des adpromissores pérégrins.[3])

[1]) Mitteis, loco cit. n'admet le recours qu'entre sponsores ou fidepromissores romains. — [2]) Gaius III § 122. — [3]) De même en vertu de la loi Furia la dette se divise entre les sponsores *et* les fidepromissores; le »quotquot erunt numero« de Gaius III § 121 signifie le nombre de sponsores *et* de fidepromissores garantissant la même dette; c'est en limiter arbitrairement le sens que de traduire »la dette se divise proportionnellement au nombre de sponsores *ou* au nombre de fidepromissores«.



21. Il n'est pas malaisé de deviner l'origine de cette société tacite établie entre les sponsores et fidepromissores par la loi Appuleia.

Avant cette loi, non seulement chaque caution était exposée à payer sans recours[1]) la totalité de la dette, mais encore le créancier devait être bien tenté de faire acheter son abstention par les cautions qu'il ne poursuivait pas. Avait-il même besoin de prendre l'initiative de ce chantage? A la nouvelle de la déconfiture du débiteur principal, chaque caution ne devait-elle pas s'empresser de courir chez le créancier, dévorée de la crainte d'avoir été devancée par son collègue, afin de détourner à prix d'argent la poursuite qui la menaçait et de faire retomber la perte plutôt sur ce collègue?

»Conjectures! dira-t-on. Où sont les témoignages historiques à l'appui«?

Et qu'en est-il besoin? C'est prouvé parce que c'est humain, et prouvé mieux que par tous les témoignages du monde. Mettez en présence un créancier — un usurier bien souvent — et des cautions solidaires sans recours entre elles: l'on peut être certain que bien souvent — toujours pour l'usurier — le marchandage en question se produira. Il s'agit ici d'une loi de la nature: offrez à des hommes sans scrupule l'occasion de faire aux dépens d'autrui un lucre injuste, mais sans risque légal, ils la saisiront sûrement. Dites à des hommes d'une honnêteté moyenne: »vous pouvez par un sacrifice d'argent relativement faible détourner sur la maison du voisin la foudre qui menace la vôtre; si vous ne le faites pas, c'est lui qui le fera«; combien s'abstiendront? Et le public, comment les jugerait-il? Comme des saints, ou comme des imbécilles?

Conséquence: les cautions prudentes ne pouvaient manquer, pour obvier à ce danger, de former entre elles, par des stipulations réciproques[2]), une société d'assurance mutuelle contre le risque d'insolvabilité du débiteur. Cela est

[1]) Je ne parle pas du recours contre le débiteur; il est insolvable, puisque l'on poursuit les cautions. — [2]) Ou même par simple consentement, si le contrat consensuel de société était sanctionné à cette époque. Mais des stipulations suffisent parfaitement, témoin

aussi certain que la manoeuvre de l'usurier: tant qu'il y aura des créanciers — qui seront sans scrupule —; tant qu'il y aura des cautions — qui seront prudentes — le phénomène se produira aussi infailliblement qu'une réaction chimique.

Mais les cautions ne sont pas toujours prudentes; elles peuvent trop compter sur la solvabilité du débiteur. Les classes peu fortunées, ignorantes du droit et des cautèles utiles, sont surtout exposées à cette imprévoyance, à cette omission des précautions légales.

Cette société, que les cautions éclairées et prudentes savaient stipuler, qu'elles stipulaient usuellement, on peut l'affirmer[1]), la loi Appuleia la supposa de plein droit, au bénéfice des pauvres, des ignorants et des imprévoyants. C'est une évolution tout-à-fait analogue à celle qui a transformé en gage tacite, en hypothèque légale, les sûretés habituellement consenties.

Si telle est l'origine, je ne dis pas probable, je dis nécessaire, de la loi Appuleia, la question de savoir si les magistrats romains devaient l'appliquer aux pérégrins de leur juridiction[2]) ne peut faire de doute. Car cette société, jadis conventionnelle, expresse, elle se produisait sans doute quelle que fût la nationalité des fidepromissores en cause. Il n'était pas nécessaire de jouir du droit de cité pour être une caution prévoyante. Dès lors il est clair que la loi a dû donner à la société tacite qu'elle introduisait, une sphère d'application identique à celle où fonctionnait la société

---

l'acte de société passé entre deux banquiers, que nous a conservé l'un des triptyques de Transylvanie: Girard, *Textes*[3] p. 817; Bruns, *Fontes*[6] p. 334.

[1]) Il existe probablement une trace de ces stipulations au Digeste (fr. 41, pro socio, 17, 2, Ulp. XX ad Ed.) Lenel, Palingenesia II p. 540 nº 646: »Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantumdem in poenam sit, quantum ejus interfuit.« Lenel place ce texte sous la rubrique: »Ad legem Appuleiam« et ajoute en note: »Item nec ex lege Appuleia agetur, si alter adpromissor ab altero *de regressu* stipulatus sit.« — [2]) N'oublions pas que c'est ainsi que la question doit se poser et que jusqu'à preuve catégorique du contraire on ne saurait songer à un empiètement du pouvoir législatif romain sur l'autonomie des cités latines et alliées. Voy. plus haut nº 15.

expresse qui se formait usuellement entre cautions, sans aucune distinction de nationalité. Et voilà pourquoi la loi Appuleia était appliquée en tout lieu par les magistrats romains; c'est parce que cet usage de contracter entre cautions une société d'assurance mutuelle, imposé partout par les mêmes nécessités pratiques, s'était établi partout, aussi bien en province qu'en Italie.

22. Dans un tout autre ordre d'idées, à un point de vue purement historique, on pourrait soutenir que la loi Furia, quand bien même elle n'eût textuellement visé que les citoyens romains[1]), n'en aurait pas moins été de plein droit applicable aux Latins et alliés, depuis que le plébiscite Sempronien de 561, les a, en matière de pecunia credita, assimilés de tout point aux citoyens.[2]) Or, en 561, les Latins et les alliés, c'est ce me semble l'Italie entière, sauf la Cisalpine. Par suite, en ce qui touche la population italienne, la question de savoir si la loi Furia ne s'applique qu'aux citoyens est une question oiseuse.

Sans doute le plébiscite Sempronien avait essentiellement pour but de prévenir les fraudes usuraires signalées plus haut. Mais au lieu de déclarer les lois contre les foeneratores applicables aux Latins et alliés, tout au moins dans leurs rapports avec les citoyens, le plébiscite décidait d'une manière générale: »ut cum sociis ac nomine latino creditae pecuniae jus idem quod cum civibus romanis esset«. Tite-Live l'affirme, et il n'y a pas la moindre raison d'en douter.[3])

---

[1]) Lenel, *l'Édit perpétuel* trad. Peltier I p. 245 le pense: »Le fait que la loi Furia ne s'appliquait sans doute qu'aux citoyens romains a amené le jurisconsulte à mentionner la réforme de Caracalla: D. 17 *de statu hominum* (1, 5): In orbe romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt.« — Même en supposant que la loi Furia n'était pas faite uniquement pour les citoyens, on s'explique qu'Ulpien ait mentionné la constitution à ce propos (si c'est à ce propos!). En effet, grâce à cette constitution, tout le monde étant citoyen peut s'obliger par la sponsio, et la fidepromissio n'a plus de raison d'être. — [2]) Liv. XXXV, 7. — [3]) Si le plébiscite n'avait visé que les lois contre l'usure, jamais il n'aurait pu venir à l'esprit de Tite-Live, ou de l'Annaliste qu'il copie, de prendre la formule à la fois si compréhensive et si juridique, si technique, qu'il emploie. Cette manière de

Cette expression: »credita pecunia« a un sens technique. L'argent dû en vertu d'une stipulation, de la fidepromissio par exemple, est un cas de credita pecunia[1]), c'est même le plus usuel. Par conséquent, comme le dit très exactement Cuq[2]): »La loi Sempronia décida que les règles sur les dettes d'argent seraient appliquées aux pérégrins (il s'agit bien entendu des latins et des alliés) *par les tribunaux romains.*«[3]) Le plébiscite opéra donc une véritable assimilation.

Cela posé, de deux choses l'une: ou la loi Furia est antérieure à 561, date de la loi Sempronia, et alors ce dernier plébiscite a nécessairement étendu les bénéfices de la loi Furia aux Latins et alliés.

Ou bien la loi Furia est, comme nous le croyons, postérieure à 561, et alors elle eût dérogé à l'assimilation établie en matière de pecunia credita par la loi Sempronia, si elle n'eût pas admis les Latins et les alliés à la jouissance des bénéfices accordés aux cautions. Sans doute elle eut pu réserver par une disposition expresse ces avantages aux seuls citoyens, mais à défaut de cette réserve formelle, les Latins et alliés étaient en droit de revendiquer ces mêmes bénéfices en vertu de la loi Sempronia. Par conséquent la question de l'applicabilité aux pérégrins ne se pose pas du tout ici de la même façon que pour les autres lois romaines, qui doivent être, en règle et sauf la preuve contraire,

légiférer par assimilation était très familière aux Romains et s'est cristallisée dans une formule, si usuelle qu'on n'écrivait que la première lettre des mots. Valérius Probus nous a conservé l'explication de cette abréviation: »s(iremps) l(ex) r(es) j(us) c(ausa) q(ue) o(mnium) r(erum) e(sto). On pourrait ajouter, pour restituer dans une langue plus moderne, et quand au sens seulement bien entendu, le plébiscite: »ac si inter cives pecunia credita fuisset«.

1) Gaius III § 124; D. *De rebus creditis* (12, 1) 2 § 5: Verbis quoque credimus .... Il n'est plus question du nexum bien avant la date (VIe siècle) que l'opinion dominante attribue à la loi Furia. D'un autre côté la sponsio et la fidepromissio sont usitées au VIe siècle (Sénatus-consulte des bacchanales de 568). Au temps de Plaute, la stipulation, sous des formes déjà variées, est connue (Costa, Il diritto privato romano nelle comedie di Plauto p. 273, 276). L'auteur conclut (p. 271 note 136) que la stipulation s'était acclimatée à Rome depuis deux siècles environ. — 2) *Institutions* I[1] p. 680. — 3) Voyez supra n° 15.

considérées comme inapplicables aux pérégrins.[1]) Ici il faut dire, à l'inverse que la loi Furia est de plein droit applicable, par les magistrats romains, aux alliés et aux Latins, si l'on ne montre pas qu'elle entendait les exclure. Ce que nous en savons est loin de faire supposer cette exclusion, puisque la loi bénéficiait aux cautions *reçues en Italie*, c'est à dire aux Latins et aux alliés d'Italie, en sorte que, loin de déroger au plébiscite Sempronien, cette disposition semble faite tout exprès pour appliquer l'assimilation qu'il avait établie.

Mais les alliés *d'Italie* seront seuls à en profiter habituellement, puisque, comme nous l'avons vu, la loi ne bénéficie en règle qu'aux cautions domiciliées en Italie. Sans cette restriction la loi eut été applicable à tous les pérégrins, même domiciliés en province. N'oublions pas en effet que le motif d'applicabilité tiré du plébiscite Sempronien n'est qu'un motif de surrérogation, et que la raison vraie et suffisante de l'applicabilité de la loi Appuleia et de la loi Furia aux cautions pérégrines, c'est que ces lois déterminent les effets de la fidepromissio, qui est un contrat de droit des gens; elles sont donc applicables aux pérégrins en tant qu'elles s'occupent de la fidepromissio.

Les Latins et les alliés n'auraient pas pu s'appuyer sur le plébiscite Sempronien pour reclamer le bénéfice de la loi Appuleia, parce que le recours établi par la loi entre cautions n'est pas un cas de pecunia credita; à moins pourtant, ce qui est possible et même probable, que la loi Appuleia n'eût déclaré, suivant la formule si connue, que tout se passerait comme si une société avait été *stipulée* entre les cautions.

23. Enfin, pour ne rien omettre, on peut invoquer en faveur de l'applicabilité aux pérégrins une dernière considération:

Si la loi Furia ne s'était appliquée qu'aux citoyens romains, pourquoi aurait-elle refusé le bénéfice de division et la prescription biennale au sponsor ou fidepromissor

---

[1]) A moins bien entendu qu'elles ne règlementent une matière de droit des gens, comme nous l'avons vu.

romain domicilié en province, alors que la loi Appuleia, votée antérieurement, s'appliquait même aux cautions de province? Pourquoi le citoyen domicilié en province[1]) serait-il traité plus mal que celui résidant en Italie? On ne le voit pas. Si au contraire les lois en faveur des cautions s'appliquaient à tous les fidepromissores, même pérégrins, on conçoit fort bien que la loi Furia, qui ne se borne pas à améliorer la situation des cautions, mais lèse gravement les droits du créancier, ait entendu restreindre à certains pérégrins qu'elle voulait favoriser, les privilèges exorbitants qu'elle assure aux cautions. D'un autre côté elle ne pouvait pas, réglementant la fidepromissio, contrat de droit des gens, accessible aux pérégrins même extra-italiques, faire acception de personnes et restreindre ses faveurs aux Italiens *nominativement*. C'est pourquoi elle a pris un procédé indirect, qui pratiquement revient au même, elle a parlé des cautions *reçues* en Italie, c'est à dire dont l'obligation est payable en Italie, en un mot les cautions domiciliées en Italie. Cela a, il est vrai, un léger inconvénient: le citoyen domicilié en province va se trouver exclu des bénéfices de la loi Furia. Mais, à l'époque où fut votée la loi Furia, les citoyens établis en province ne sont sans doute pas bien nombreux; d'ailleurs ce n'est pas le pauvre plébéien, membre de cette foule qui vote les plébiscites, qui va se fixer en province, c'est le spéculateur, le publicain; en province le citoyen sera plus souvent créancier que débiteur ou caution, et l'inapplicabilité de la loi Furia aux cautions provinciales lui profitera plus souvent qu'elle ne lui nuira.

24. Ces considérations sur le caractère et les effets des lois Appuleia et Furia fournissent des indices propres à en déterminer la date probable.

Il y a eu à Rome sous la République cinq lois sur le cautionnement: Publilia, Appuleia, Furia, Cicereia, Cornelia.

---

[1]) Théoriquement il faudrait dire: »le citoyen dont l'obligation est payable en province«, ainsi que le prouve le fragment d'Ulpien. Mais pratiquement cela revient à dire: »domicilié en province« comme nous l'avons vu; les obligations étant normalement payables au domicile du débiteur; les exceptions forment une quantité négligeable.

La loi Appuleia est, affirme Gaius [1]) antérieure à la loi Furia, les lois Cicereia et Cornelia sont postérieures; cela résulte non seulement de ce que Gaius les explique dans cet ordre, mais encore, pour la loi Cicereia, de ce qu'elle n'est visiblement qu'un appendice de la loi Furia, destiné à assurer aux cautions le bénéfice de division introduit par cette loi; pour la loi Cornelia, de ce que sa formule plus générale embrasse non seulement la sponsio et la fidepromissio, seuls modes de cautionnement connus de la loi Furia, mais encore la fidejussio, inventée probablement dans l'intervalle.[2])

La loi Publilia paraît la première en date.[3]) En effet, il existe une véritable progression de mesures en faveur des cautions: la loi Publilia leur donne un recours contre le

---

[1]) Gaius III § 122. — [2]) Voyez sur ce point l'article précité Rev. de législation 1876 p. 564 et s. — [3]) Karlowa, Rechtsgeschichte II, 1901, p. 733, dit: »La date de la loi Publilia de sponsu est tout à fait incertaine; elle est en tous cas plus ancienne que la loi Vallia qui n'étendit pas la manus injectio pura à l'actio depensi. Elle se place aussi à une époque où l'aes grave (dont le paiement, qui pouvait encore se faire par la pesée, était désigné par l'expression *dependere*) était encore employé dans les relations privées, donc avant l'année 486 de Rome date de la frappe de la monnaie d'argent, époque à laquelle l'aes grave fut évincé des relations privées.« — Mais, à quelqu'époque qu'ait été votée la loi Publilia, l'action qui en résulte a pu être appelée: »actio depensi« c'est à dire: »réclamation du *déboursé*«. Rien, absolument rien, ne nous force à donner à ce mot »depensi« son sens étymologique primitif. Autant vaudrait faire remonter la théorie des »*impenses*« dotales avant la frappe du denier d'argent (486). De ce que nous disons »la *piété* filiale«, »le *culte* du foyer«, l'historien de l'avenir conclura-t-il que nous pratiquions encore au XXe siècle la religion des ancêtres? Nous ne pouvons donc comprendre l'argument de Karlowa. Son autorité a entraîné Cuq, Institutions [2] I p. 253 n. 4, qui reproduit, avec une certaine réserve toutefois, cette opinion, à nos yeux dénuée de tout fondement. Par suite il est superflu de faire remarquer que, contrairement à Mommsen et à ceux qui l'ont aveuglément suivi, les auteurs les plus récents admettent que le cuivre n'est pas devenu un simple billon, mais est resté une monnaie *réelle* même après la frappe de la monnaie d'argent; il faut en conclure, vu les énormes différences de poids entre les pièces, que l'on a continué longtemps à le peser (voyez les autorités et les preuves à la fin de notre article sur: »La clause *apochatum pro uncis duabus* et l'histoire de l'as sextantaire« dans le Festschrift pour Scialoja 1904).

débiteur principal[1]); la loi Appuleia un recours contre leurs collègues, de manière à ce que la dette se répartisse entre elles; la loi Furia opère elle même cette division à l'encontre du créancier; la loi Cicereia corrobore la précédente.

25. Les trois lois: Appuleia, Furia, Cicereia, facilitent le cautionnement; le pauvre trouvera des cautions d'autant plus facilement qu'elles seront moins rigoureusement tenues.[2]) Ce sont donc des lois »démocratiques«. L'une d'elles, la loi Furia, présente même un caractère révolutionnaire, elle va jusqu'à spolier le créancier en lui faisant perdre la part de la caution insolvable, de sorte qu'en multipliant les cautions il multiplie ses chances de perte.[3])

Ces trois lois ont entre elles la plus étroite connexité. Toutes trois elles supposent plusieurs cautions, toutes trois elles ont pour but de diviser le risque entre ces cautions; la loi Cicereia n'est même qu'un appendice de la loi Furia. Elles forment donc une sorte de bloc et doivent, selon toute probabilité, se grouper dans l'espace d'un petit nombre d'années.

Enfin la plus importante des trois, celle qui forme la clef de voûte du système, la loi Furia, se distingue par le souci évident de faire aux Italiens une situation privilégiée

---

[1]) Par la manus injectio pro judicato, si le sponsor n'est pas remboursé dans les six mois. Antérieurement le sponsor n'avait probablement pas d'action, mais c'était pour le débiteur une dette d'honneur dont le non acquittement entraînait sans doute la note du Censeur. La lex Julia municipalis, l. 114, déclare inéligibles ceux qui n'ont pas payé intégralement leurs créanciers *ou leurs sponsores,* vieille formule remontant sans doute au temps où les sponsores, n'ayant pas d'action, ne rentraient pas dans l'expression de »*créanciers*«. Lorsque, par suite de la corruption de moeurs, la sanction morale devint insuffisante, la loi Publilia vint contraindre par une mesure rigoureuse le débiteur ingrat à désintéresser sa caution. La manus injectio est ici donnée pro judicato, et cela s'explique très bien, la créance du sponsor étant établie sans contestation possible par le jugement qui l'a condamné *en sa qualité de sponsor*. — [2]) Dans quelle dépendance le créancier d'un débiteur peu solvable ne devait-il pas tenir les cautions, puisqu'il était libre de faire retomber sur l'une quelconque d'entre elles le fardeau de la dette! — [3]) Cuq, *Institutions* I [1] p. X préface de Labbé: »La faveur pour une classe de citoyens, la passion politique expliquent la loi Furia, mais ne la justifient pas.«

entre les autres pérégrins et de les assimiler aux citoyens au point de vue des faveurs qu'elle accorde.

Ces trois lois appartiennent donc à une époque démocratique, révolutionnaire, italophile.

Il n'existe dans l'histoire romaine que trois époques, d'ailleurs très voisines l'une de l'autre, celle des Gracques [1]) de 621 à 633, celle s'étendant du 4e au 6e consulat de Marius (651 — 654) enfin celle du tribunat de M. Livius Drusus (663), présentant à la fois ce triple caractère. La seconde le montre au suprême degré. »Jamais, dit Duruy [2]), dans un si court intervalle plus de lois populaires n'avaient été rendues.«

A cet époque troublée vivait un fameux démagogue, allié secret de Marius; il s'appelait L. Appuleius Saturninus, tribun de la Plèbe en 651 et en 654. Il fit voter une loi agraire, sur laquelle nous allons revenir, força à s'exiler Metellus le Numidique qui refusait d'y jurer obéissance; une loi frumentaire qui donnait le blé pour rien au peuple [3]) et qui suffit pour mettre en lumière le caractère ultra démocratique, révolutionnaire, de la législation Appuléienne.

Quant aux tendances nettement italophiles d'Appuleius, tous les historiens les proclament. Après la mort de Scipion Emilien (625) dit Duruy [4]) »le patronage des alliés passa aux chefs populaires .... Caius Gracchus n'eut ni le temps ni le pouvoir de mener à bien le vaste plan qu'il avait conçu. Marius enrôla un grand nombre d'alliés dans ses légions et encouragea les espérances de tous. ....

»*Autour de Saturninus (Appuleius) quelques uns prononcèrent le nom de roi* [5]), mais la mort de ce tribun et la

---

[1]) Inutile de rappeler ici l'oeuvre des Gracques en faveur de la Plèbe; quant aux Italiens, Caius Gracchus avait proposé de conférer le droit de cité aux Latins, et le droit latin à tous les autres fédérés Italiques (Mommsen, Histoire romaine, trad. Alexandre, t. V p. 71. — [2]) Histoire des Romains 1871, t. 2 p. 164. — [3]) Voy. Pauly-Wissowa Vo Appuleius Saturninus no 29 p. 261 et s. Le prix du blé, que Caius Gracchus avait fait fixer en 631 à 6 as 1/3, soit à peu près à la moitié du prix du marché, fut abaissé par la loi d'Appuleius à 5/6 d'as, ce qui faisait pour les citoyens un rabais de 93 %. Autant dire qu'il ne leur coûtait rien. — [4]) Duruy op. cit. II p. 172. — [5]) Orose V, 17.

réaction aristocratique qui suivit l'exil de Marius trompèrent encore une fois leurs espérances« (celles des alliés).

»La loi agraire (d'Appuleius), dit Mommsen[1]), admet à l'émigration Romains et Italiens indistinctement; elle confère, cela paraît certain, le droit de cité à toutes ces colonies nouvelles, et entre ainsi dans la voie des satisfactions dues et données aux *Italiques.*«

»Appuleius s'occupa activement, dit Pauly-Wissowa[2]), de faire voter des lois en faveur des alliés« . . . La loi agraire, notamment, était si favorable aux *Italiens*, qu'au dire d'Appien[3]) le peuple supportait impatiemment les avantages qu'elle leur accordait.

Faveurs aux pauvres et aux Italiens, voilà donc les traits caractéristiques de la politique d'Appuleius et de son oeuvre législative.

Dans son second tribunat (654), il eut pour collègue Publius Furius, qui, allié secret de Marius comme l'avait été Appuleius, après le meurtre de ce dernier s'opposa au rappel de Métellus, banni pour n'avoir pas voulu jurer la loi agraire d'Appuleius, et fut massacré pour ce fait en 655.[4])

Au témoignage de Dion-Cassius, ce Furius avait pendant quelque temps fait cause commune avec Appuleius Saturninus et avec Glaucia.[5])

Dans ces conditions, on peut, avec beaucoup de vraisemblance, placer la loi Appuleia à l'époque du premier tribunat d'Appuleius (651) et la loi Furia en 654, l'année où Furius partagea le tribunat avec lui. En la proposant, Furius ne

---

[1]) Mommsen, Histoire romaine, trad. Alexandre, t. V p. 175. — [2]) P. 265. — [3]) Appien, Guerres civiles I, 29 cité par Pauly, V° Appuleius p. 265: *πλεονεκτούντων δ'ἐν τῷ νόμῳ τῶν Ἰταλιότων ὁ δῆμος ἐδυσχεραίνε.* — [4]) Appien Guerres civiles I, 33; Dion-Cassius, frag. n° 280, édition Gros, 1848, t. II p. 110, 111; c'était un triste sire que ce Furius, dit Cicéron cité plus bas; »*après avoir fait cause commune avec Saturninus et Glaucia*, il les persécuta quand il eût embrassé le parti contraire« (Dion, *loco cit. infra*); Orose V, 17. Voyez encore: Valère-Maxime VIII, 1, Damnatio 2; Cicéron, Oratio pro C. Rabirio, perduellionis reo 9; Ernesti, Clavis Ciceronis, Index historicus, V° P. Furius; Pauly, V° P. Furius et V° Appuleius Decianus p. 259 n° 29. — [5]) Dion-Cassius, frag. 280 . . . *τῷ Σατουρνίνῳ καὶ τῷ Γλαυκίᾳ πρῶτον συστὰς μετεβάλετο* . . .



fit peut-être qu'obéir à l'impulsion de son collègue qui perfectionnait ainsi son oeuvre. En effet, le recours accordé à la caution par la loi Appuleia ne suffit pas toujours; elle peut être ruinée par la nécessité de faire l'avance, ou même se trouver dans l'impossibilité de payer; à quoi lui servira son recours quand elle sera devenue *l'addictus* du créancier? Aux rapports juridiques si étroits qui existent entre nos deux lois, correspondent ainsi des rapports politiques tout aussi étroits entre leurs auteurs. D'un autre côté la loi Appuleia daterait du premier tribunat d'Appuleius (651) pendant lequel il fut beaucoup plus modéré que pendant le second (654), date probable de la loi Furia. Au tribunat modéré correspondrait ainsi la loi utile au peuple, mais anodine; au tribunat violent la loi excessive. Il est même possible que la loi Furia ait été proposée par Furius après sa rupture avec Appuleius[1]) et pour éclipser la popularité de celui-ci par une surenchère, procédé familier aux démagogues. Cette seconde hypothèse expliquerait aussi bien que la première le faible intervalle (3 ou 4 ans au plus) qui sépare nos deux lois (651—655). N'oublions pas que l'hypothèse est un des procédés scientifiques les plus légitimes et les plus féconds, et qu'une hypothèse doit être tenue provisoirement pour vraie, quand, loin de se mettre en contradiction avec les faits constants, elle les explique tous d'une façon naturelle et harmonique. N'est-ce pas ici le cas?

On le voit, il ne s'agit pas d'employer ici un procédé dont Girard[2]) signale à juste titre le vice, et de supposer que nos lois sont nécessairement l'oeuvre d'un des Appuleii, d'un des Furii dont l'histoire nous a conservé la mémoire, alors que nos listes de tribuns sont loin d'être complètes.[3]) Mais quand, précisément à l'époque où se réalisent le plus énergiquement

[1]) Voyez les deux notes précédentes. — [2]) Manuel [3] p. 35 n. 4. — [3]) Girard, loc. cit. fait remarquer que Tite-Live étant perdu après 587 les choix ont été surtout faits dans la période pour laquelle nous l'avons, c'est à dire dans le IVe, V^e et VIe siècles, alors que les lois dont la date est certaine se placent presque toutes entre le milieu du VIe et du VIIe, qu'en bonne logique ce serait donc là qu'on devrait placer la plupart. Cette juste observation constitue une probabilité

les tendances démocratiques et italophiles révélées par ces lois, nous trouvons deux Tribuns de la Plèbe, dont le premier, Appuleius, a donné son nom à plusieurs autres lois favorables aux pauvres et aux Italiens, dont le second, Furius, fut uni à Appuleius dans une même pensée politique, comme les deux lois qui portent leurs noms sont unies dans un même but juridique; quand enfin la date proposée échappe à toute objection, on atteint, et même on dépasse ce degré de probabilité dont il faut bien souvent se contenter dans »cette petite science conjecturale qu'on appelle l'Histoire«, comme disait Renan.

Avec le même degré de probabilité, la loi Vallia, postérieure à la loi Furia, se placera dans la seconde moitié du VII[e] siècle; pas avant.

26. La loi Cornelia, la dernière en date [1]), défend d'une manière générale de s'obliger pour le même débiteur envers le même créancier, dans le cours de la même année, pour une somme supérieure à 20000 sesterces.[2]) Le but de cette

---

de plus en faveur de la fixation de nos lois précisément au milieu du VII[e] siècle (651—654 ou 655). — La critique de Girard porte en plein sur les dates remontant au VI[e] siècle ou auparavant.

[1]) Tout le monde paraît d'accord là dessus (voyez Girard Manuel [3] p. 746 n. 1, 747 n. 8). La fidéjussion a probablement été inventée dans l'intervalle entre les trois lois précédentes et la loi Cornelia, dans le but d'éluder la loi Furia. Sa formule nouvelle (fidejubeo) semble faire sortir la caution de son rôle naturellement secondaire. Le fidéjusseur prend l'initiative de l'affaire; il donne au créancier, sous une forme verbale qui oblige civilement *(fide)*, le mandat impératif *(jubeo)* de faire crédit. Par là, il fait pour ainsi dire l'affaire sienne; il en assume donc la pleine et entière responsabilité pour lui et ses héritiers. Voyez mon article dans la Revue de législation, 1876. — Si la fidéjussion avait existé lors de la loi Furia, elle l'aurait comprise dans ses dispositions, et si elle n'avait pas existé lors de la loi Cornelia, celle-ci se serait bornée comme les précédentes, à parler des fidepromissores et des sponsores, au lieu d'employer une expression intentionnellement générale: pro eodem *obligari,* ce qui semble fait tout exprès pour éviter que la loi pût être tournée par l'invention d'une nouvelle formule de cautionnement. — [2]) Voigt, Röm. Rechtsgeschichte I p. 262 n. 23 (cité par Cuq, Dict. des Antiq., V° Lex Cornelia p. 1138 n. 4 et 1137 n. 23) veut lire: $\overline{XX}$, au lieu de XX; le maximum aurait alors été de deux millions de sesterces. Mais on ne comprendrait point l'utilité pratique de la limitation, si la limite avait été fixée à

loi ne se dégage pas aisément. Elle n'est pas faite comme les précédentes pour faciliter le cautionnement en améliorant la position des cautions, pour permettre aux pauvres d'en trouver plus facilement. Elle entrave au contraire les bonnes volontés. En 1876, dans l'article précité, j'y ai vu une atténuation apportée à cette fâcheuse obligation de cautionner tous ses parents, amis et connaissances[1]) que les convenances

---

ce chiffre énorme. Encore un exemple de l'oubli, par les plus illustres savants, du côté pratique des choses.

[1]) Cicéron *ad Atticum* XII, 17, 2: »Quod pro Cornificio me abhinc amplius annis XXV spopondisse dicit Flavius, etsi reus locuples est, et Apuleius praediator liberalis, tamen velim des operam, ut investiges ex cosponsorum tabulis, situe ita. Mihi enim ante Aedilitatem meam nihil erat cum Cornificio. Potest tamen fieri« ... Antérieurement (XII, 14, 2) Cicéron disait: ... »omni modo Cornificius locuples est: sed tamen scire velim quando dicar spopondisse, et pro patre, anne pro filio« ... Voyez encore XII, 19. — Il semble résulter de ces passages que le cautionnement remontait à 25 ans environ et l'on a tiré argument de là pour soutenir, soit que la loi Furia n'était plus en vigueur au temps de Cicéron (Liebe, Stipulation p. 225 n. 1; Girtanner, Die Bürgschaft I p. 91 et s. cités par Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II p. 735 n. 1), soit que les gens d'honneur ne profitaient pas de cette prescription (Pernice, Z. S.-St. XIX p. 127). Karlowa s'efforce de montrer que le texte cité n'est pas incompatible avec la prescription de deux ans. Mais Karlowa et Pernice ont-ils raison de tenir pour acquis que si la dette avait en effet 25 ans de date, elle serait depuis longtemps prescrite en vertu de la loi Furia? Ce qui préoccupe Cicéron, ce n'est pas la date de son cautionnement, mais la question de savoir s'il a réellement cautionné, et la date n'est qu'un moyen de vérification, comme les tabulae des cosponsores. La prescription de la loi Furia ne court qu'à partir de l'échéance de la dette, et il est bien évident que le créancier de Cornificius n'aurait pas attendu 25 ans depuis l'échéance pour poursuivre le débiteur principal qui est solvable (locuples) et une caution aussi »*bourgeoise*« que Cicéron. La date du cautionnement importe peu; elle peut être lointaine si l'on a cautionné une série d'opérations, un bail, une entreprise de travaux publics, une ferme d'impôts, pour une période qui peut être longue. Précisément ici il semble qu'il s'agissait d'une créance de l'État contre Cornificius, créance que l'État avait vendue à un praediator, Apuleius, trop »liberalis«, dit Cicéron, pour aller s'adresser aux cautions quand le débiteur principal est »locuples«. Il fallait être sans vergogne (sans *δυσωπία*, Cicéron *ad Atticum* XVI, 15) pour le faire. C'est ce qui rassure l'orateur contre la crainte d'être poursuivi par le *praediator*. Voyez notre article de 1876 p. 578 et s. Or tout ce qui concerne le

imposaient, et qu'Horace (Sat. II, 6) compte parmi les plus sérieux ennuis du séjour à Rome? Cela mènerait à considérer cette limitation comme une sorte de loi somptuaire défendant de dépenser par année plus de 20000 sesterces en cautionnements pour le même débiteur.[1]) Précisément il y eut une loi somptuaire de Sulla en 673, qui fait partie des réformes Cornéliennes.

Cuq dit à ce propos: »Le cautionnement était pour les grands personnages un service qu'ils ne pouvaient refuser aux petites gens qui étaient dans leur clientèle[2]): ipsi (tenuiores) non spondere pro nobis possunt, atque haec a nobis petunt omnia« (Cicéron pro Murena 34). C'était donc une charge sans réciprocité: la loi est venue en limiter le poids; elle évite au patron l'embarras d'un refus.

C'est toujours, il est vrai, l'intérêt des cautions que la loi a en vue, mais ce n'est plus une pensée démocratique qui l'inspire, bien au contraire. Tout cela concourt à faire fixer la date probable de la loi Cornelia à l'époque de la réaction aristocratique opérée par Sulla, c'est-à-dire à l'une des deux dates de la législation Cornélienne: 666 ou 673. De la sorte toute la législation en faveur des cautions se trouverait renfermée dans un espace d'une vingtaine d'années.[3])

Si la réaction aristocratique n'a pas amené l'abrogation de la loi Furia, qui lèse si gravement les droits des créanciers, c'est que l'invention de la fidéjussion permettait d'échapper, au besoin, aux dispositions de la loi Furia. Nous avions essayé, dans l'article précité de 1876, de retracer cette lutte des plébéiens armés du plébiscite, et des capi-

---

jus praediatorium était régi par des principes spéciaux (si obscurs que les plus habiles jurisconsultes n'en avaient pas une parfaite intelligence, voy. Cicéron pro Balbo 20). Il pouvait donc fort bien y avoir ici au profit de l'État exception à la courte prescription de la loi Furia. Nouveau motif pour nous engager à ne tirer du passage de Cicéron ad Atticum aucune conclusion aventureuse.

[1]) La loi ajoute: »et envers le même créancier«. Mais elle y était bien forcée: comment annuler le cautionnement consenti envers un second créancier, parce que, à son insu la caution s'est déjà engagée pour le même débiteur envers un créancier parfaitement inconnu du premier? — [2]) Cuq, *Dict. des antiquités* V° *Lex Cornelia*, p. 1138. — [3]) Sauf la loi Publilia, probablement antérieure.

talistes aidés par les juristes, ingénieux rédacteurs de ces formules qui glissent entre les mailles de la loi. La formule l'avait emporté sur le plébiscite et la loi Cornelia consacra ce triomphe en validant implicitement la fidéjussion.[1])

Quand à la loi Cicereia, l'ordre suivi par Gaius et le fait qu'elle ne s'occupait pas des fidéjusseurs, montre, de l'aveu de tous qu'elle doit se placer entre la loi Furia et la loi Cornelia, donc à notre gré entre 654 et 666 ou 673. Comme c'est un simple règlement destiné à assurer aux cautions la jouissance du bénéfice de division créé par la loi Furia, elle doit donc avoir suivi cette loi d'assez près. Ceux qui veulent mettre la loi Furia au milieu du VI[e] siècle se heurtent alors à une difficulté à raison du praejudicium qui sanctionnait la loi Cicereia[2]), praejudicium qui implique l'existence de la procédure formulaire, bien douteuse à cette époque. Pour se tirer d'affaire, on est obligé d'avoir recours à une conjecture gratuite et de supposer que la loi avait seulement prescrit une sponsio praejudicialis, qui aurait été plus tard convertie en praejudicium (Karlowa II p. 736, suivi par Cuq, Institutions [2] p. 254 n. 5).

27. Dans le cours de cette étude nous avons plus d'une fois appelé à notre aide la *»méthode des applications pratiques«*. On pourrait aussi l'appeler la méthode expérimentale, appliquée à l'histoire du droit. Elle consiste à suivre dans toutes leurs conséquences concrètes possibles les solutions proposées, en un mot à les mettre à l'épreuve d'une pratique artificielle. Artificielle, mais non conjecturale. En effet, pour découvrir sûrement ces conséquences, il suffit, après s'être bien pénétré du caractère du milieu social ou elles vont se produire, de se rappeler la nature de l'homme et

---

[1]) Selon Lenel, *L'Edit perpétuel,* trad. Peltier I p. 247, 248, la loi Cornelia aurait été une lex imperfecta: le soin de la sanctionner aurait été assumé par le Préteur, au moyen d'une action en répétition et d'une exception. A l'époque où nous sommes (dernière moitié du VII[e] siècle), l'exception suffit, et je ne vois pas pourquoi le Préteur aurait aussi créé une action. Tant pis pour la caution qui n'use pas de l'exception. — [2]) Gaius III § 123: »... et nisi praedixerit, permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intra diem XXX praejudicium postulare, quo quaeratur an ex ea lege praedictum sit; et si judicatum fuerit praedictum non esse, liberantur« ...

les mobiles qui le font agir. Ils ne varient pas, et dans leur action, non sur un individu déterminé, mais sur les grands nombres, le résultat peut être prévu avec certitude. C'est là une base très solide, affranchie de toute tare conjecturale. En appliquant cette méthode, on s'apercevra souvent que le mécanisme de l'institution ancienne, tel qu'on l'avait conçu, n'aurait pas pu fonctionner. Si l'on appliquait fermement ce critère, on donnerait un terrible coup de balai à travers les systèmes inventés par bon nombre de romanistes, admirables de science livresque, mais trop peu familiarisés avec les réalités pratiques.[1])

[1]) Nous avons signalé plus haut (nº 10 circa finem) le manque d'esprit pratique qui caractérise certaines solutions de Huschke (Gaius p. 87). On en trouverait bien d'autres exemples chez ce grand érudit, aussi fécond en paradoxes qu'en aperçus ingénieux, et cela sans sortir du même ouvrage. Témoin son extraordinaire interprétation des dispositions des XII Tables sur les injures, interprétation qui, avec des nuances, a trouvé parfois chez des savants de premier ordre un écho trop docile. Huschke (Gaius p. 119) dit: »Les autres lésions .... se divisent en injures graves et légères: a) Les premières sont de deux espèces: 1º Destruction (Zerstörung) d'un membre entier: si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto ... Ici l'on suit le même principe que pour la destruction (Vernichtung) morale de la personnalité (!) elle-même (il veut parler du »carmen famosum«) car un membre aussi forme en quelque sorte un tout (!!). b) Fracture ou fêlure d'un os sans destruction, c'est à dire sans amputation (Abschlagung) ou paralysie (Lähmung). Les Decemvirs ont fixé dans ce cas une amende déterminée parce que le talion était ici presque impossible (kaum möglich)« (?). — Ainsi »membrum ruptum« signifierait membre détruit (amputé ou paralysé). On pourrait aisément montrer au contraire, par une série de témoignages unanimes, autorisés, officiels même, remontant jusqu'au troisième siècle avant notre ère, que le mot ruptum, appliqué au corps humain, a toujours eu le sens de lésion en général, blessure ou contusion, par exemple. Pour le moment bornons nous à constater que cette dernière interprétation, qui est celle des Romains, considérée au point de vue *pratique*, ne laisse aucune fissure: toutes les violences contre la personne sont prévues et réprimées d'une façon proportionnelle à leur gravité: la fracture d'un os, lésion parfaitement déterminée et toujours sérieuse, est tarifée à 300 as, somme élevée; pour les autres blessures, qui peuvent être d'ailleurs fort graves, notamment les coups de couteau — chez les peuples méridionnaux le couteau sort aisément de sa gaine — et dont la variété est infinie, le talion, à moins de paiement d'une composition conventionnelle (ou arbitrale à défaut d'accord, d'après Africain rapporté par Aulu-Gelle

Pour mettre en oeuvre cette méthode, il est nécessaire de posséder ou d'acquérir l'habitude de considérer les institutions juridiques, moins au point de vue théorique et abstrait, que dans leurs conséquences usuelles.

C'est ce qu'on appele *l'esprit pratique.*

Cet esprit est plus nécessaire encore à l'historien du droit qu'au commentateur des législations modernes. Dans l'interprétation doctrinale d'un droit moderne, les fantaisies individuelles trouvent un frein dans la jurisprudence des tribunaux, dont on ne peut pas trop s'écarter sans perdre toute autorité auprès des praticiens.[1] Dans l'histoire du

20, 1). Enfin, pour toutes les injuriae n'entraînant pas de lésion corporelle (ruptio), par exemple les soufflets de Veratius: 25 as. — Point de lacune; la peine exactement proportionnée à la gravité le la lésion; voilà qui correspond bien à l'esprit des anciens Codes, des lois barbares notamment qui entrent dans des détails infinis, et pour les blessures à la main font varier la composition du pouce à l'annulaire et de phalange à phalange. L'omission des cas les plus usuels, ou une disproportion inouïe entre la composition et la blessure, une uniformité insensée de la peine, malgré d'énormes différences de gravité dans les lésions, voilà sûrement ce que l'on doit le moins s'attendre à trouver dans ces législations primitives. — Pourtant c'est cette disproportion absurde que réalise le système de Huschke. Pour la modique somme de 25 as on aurait pu rouer son ennemi de coups de bâton, le larder de coups de couteau, pourvu qu'il n'y eût eu ni fracture ni mutilation, et recommencer au même prix toutes les fois qu'on en aurait trouvé l'occasion. Levons un instant les yeux de dessus nos livres, regardons ce qui se passe dans la rue, malgré non moeurs moins brutales, et nous n'imaginerons plus que la vieille coutume, consignée dans les XII Tables, ait pu consacrer une disposition spéciale au cas rarissime *d'arrachement* d'une partie du corps (Huschke du moins disait amputation) et ne pas prendre la peine de distinguer entre un coup de poing et un coup de couteau, de sorte qu'il n'en coûtera pas plus pour déchirer un citoyen à coups de verges que pour lui donner un soufflet; on s'en tirera avec 25 as! Et cet état de choses aurait duré jusqu'à l'Édit du Préteur sur les injures, jusqu'au VIe et peut-être au VIIe siècle de Rome! — Ce n'est vraiment pas la peine de donner un démenti à tous les textes pour arriver à ce résultat. Si Huschke avait eu l'habitude d'envisager toutes les conséquences pratiques de ses doctrines, jamais il n'eût frayé cette voie, ou plutôt creusé cette ornière, où versent ceux qui le suivent. V. p. 48 inf. in fine.

[1]) Frein bien insuffisant parfois, témoin cette absurde scission entre la *doctrine* et la *jurisprudence,* l'École et le Palais, que l'on a pu

droit l'imagination, privée de ce contrôle salutaire, se donne libre carriere, et d'autant plus que le droit étudié est plus ancien. A défaut de ce frein naturel, il faut s'en imposer un volontaire en s'astreignant à appliquer la méthode en question.

Cette méthode exige un esprit pratique, et cet esprit ne s'acquiert que par la pratique d'une législation vivante. Il est indispensable à l'historien du droit: c'est une vérité que proclamaient récemment en Allemagne des voix très autorisées, et dans une vive controverse engagée entre deux romanistes [1]) ils se sont du moins accordés à reconnaître que: »celui-là seul est apte aux recherches d'histoire du droit, qui s'est rendu maître d'un droit moderne et *familiarisé avec ses applications pratiques*«.

Un français exprimait jadis une idée analogue, lorsque rendant hommage à la mémoire d'un de ses maîtres, il disait [2]): »Pendant trente-cinq ans, à la Faculté de Droit de Rennes, M. Bodin montra que nul mieux qu'un grand *praticien* n'est fait pour comprendre les Romains.« [3])

---

constater en France pendant une grande partie du XIXe siècle. Nos chaires ont été remplies de doctrinaires oubliant que ce qui ne se plaide plus au Palais de Justice n'est plus du droit, du droit vivant, mais de l'histoire du droit. Sur cette scission stupéfiante, voyez la vigoureuse et pénétrante étude de M. Lambert, *Revue intern. de l'enseignement* 1900.

[1]) Siegmund Schloßmann, Nexum, 1904, p. 22; B. Kübler, Wochenschrift für klass. Philol., 1904, p. 10 du tirage à part et Zeitschr. der Sav.-Stift. XV p. 393. — [2]) La méthode dans l'enseignement du droit, Revue internationale de l'enseignement, XXI p. 255. — [3]) L'un des côtés par où brille le plus, à notre gré, l'incomparable génie d'Jhering, c'est précisément ce souci constant de la pratique. Et pourtant, une fois du moins, n'a-t-il pas, lui aussi, échoué sur l'écueil que nous signalions tout-à-l'heure à propos de Huschke, et justement sur la question de l'injuria, lorsqu'il a admis que le viol à Rome, avant l'action prétorienne, était une *injuria* simple donnant lieu à la composition de 25 as! (Études complémentaires de l'Esprit du droit romain, IV, Mélanges, trad. Meulanaere, le Riche et le Pauvre, p. 291). Ce n'est pas possible. Quoi! jusqu'à l'action prétorienne d'injures, au VIIe siècle de Rome d'après une opinion très répandue, en tous cas pas avant le VIe siècle! Tout ce que nous savons des moeurs de la Rome antique proteste contre cette peine dérisoire pour un crime particulièrement odieux chez un peuple très susceptible à cet égard, si bien que, d'après ses

En Allemagne beaucoup de romanistes, sans abandonner, il faut l'espérer[1]) la science qui a fait leur réputation, se livrent à l'étude du nouveau Code civil. Ce travail ne peut que contribuer à développer en eux l'esprit pratique, si nécessaire à l'intelligence du droit romain en particulier.

Chez nous se produit malheureusement un phénomène tout opposé. C'est le concours d'agrégation qui ouvre en France aux jeunes Docteurs l'enseignement des Facultés de droit. Depuis quelques années on l'a divisé en quatre branches: Droit privé, Histoire du droit, Droit public, Économie politique, de sorte que les candidats sont obligés de s'imposer une spécialisation intense et prématurée.

On commence à s'apercevoir qu'on s'est fourvoyé. Outre le rétrécissement de l'horizon scientifique et les autres défauts de ce système, il présente au point de vue de l'histoire du droit en général et du droit romain en particulier un danger tout spécial. Plus souvent encore que par le passé on enseignera un droit ancien sans avoir pratiqué un droit moderne, oubliant, suivant la juste remarque de Schloßmann et de Kübler: »daß nur wer ein geltendes Recht beherrscht und in seiner praktischen Anwendung studiert hat, zu rechtshistorischer Forschung fähig ist«.[2])

Annales qui valent tout au moins pour caractériser l'opinion publique à l'époque où elles ont été composées, cet attentat consommé ou tenté aurait fait éclater deux révolutions. La sanction, la sanction suffisante, existait nécessairement. Reste à savoir où il faut la chercher, et le droit comparé pourrait peut-être nous suggérer la direction à donner à nos recherches. Cette solution, on la trouverait même sans sortir des principes incontestés et antiques du droit romain. Mais ce n'est pas ici le lieu d'approfondir cette question.

[1]) Erman disait en 1903: »L'étude du droit romain en Allemagne, qui, depuis 1896 suivait une marche descendante, est très visiblement en train de se relever.« *(Revue générale du droit,* 1903, p. 164 et s.) — [2]) L'un des Directeurs de cette Revue, dont je suis bien aise de pouvoir invoquer ici l'autorité, exprimait récemment une idée voisine: „Es ist vollkommen richtig, daß man die Dinge nicht versteht, wenn man ihre Geschichte nicht kennt; ebensowenig sollte man aber vergessen, daß man auch die Geschichte nicht verstehen kann, ohne die Dinge zu kennen, um deren Geschichte es sich handelt. Das vergessen oft die Rechtshistoriker selbst.“ (L. Mitteis, Die rechtshistorische Staatsprüfung an den österreichischen Universitäten; Österreichische Rundschau Bd. I Heft 3 S. 131.)

P. S. — Nous ajoutons ici en note quelques remarques qui nous sont venues à l'esprit en corrigeant les épreuves de ce travail.[1])

---

[1]) P. 22 n. 2. — Karlowa, Legisaktionen, p. 345 n. 1, attribue la *communio sponsus* aux Latins et Foederati, sans citer d'ailleurs aucun texte à l'appui. En tout cas, cela ne pourrait s'entendre que de la possibilité de former un contrat verbal par une expression autre que le verbe *spondeo*, car Gaius III, 94 dit positivement qu'il n'y a qu'un seul cas (uno casu) où un pérégrin puisse être obligé par ce verbe, celui d'un traité conclu avec un roi pérégrin. D'ailleurs les Latins étaient des pérégrins G. I, 79.

P. 35 n. 3. — Eisele, Beiträge z. röm. Rechtsges., 1896, p. 25—36, après avoir dit que la loi Publilia employait le mot *depensum* — ce qui est en effet probable — ajoute que pour exercer la manus injectio de cette loi, il fallait que le sponsor eut payé *per aes et libram*. Cela va de soi pour nous puisque nous admettons (p. 36 n. 1 *in fine*) qu'il faut que le sponsor soit judicatus (ou confessus: confessus pro judicato est D. 42, 2, 1) pour qu'il puisse exercer la manus injectio en cette qualité de judicatus (pro judicato). Or, les créances dues ex causa judicati doivent être payées per aes et libram, G. III, 173. Remarquons que dans les trois cas, de nous connus, de manus injectio pro judicato, celui qui l'exerce agit parce qu'il a été *condamné* par suite d'une faute (fraus) de celui qu'il saisit: *fraus* du débiteur principal (loi Publilia); *fraus* du légataire qui, au mépris de la loi Furia testamentaria, réclame un legs de plus de mille as; *fraus* du créancier qui, dissimulant le nombre des cautions, fait condamner le sponsor à plus que sa part (loi Furia de sponsu). C'est peut-être le cas de la loi Publilia qui a servi de type aux autres; c'est le plus net: le sponsor agit pro judicato parce qu'il puise son titre exécutoire dans le jugement même qui le condamne *en qualité de sponsor*. Dans les trois cas le paiement, base du recours, doit avoir été effectué per aes et libram, puisque le payeur doit être judicatus (ou confessus); mais, à notre gré, c'est le jugement qui fonde le recours et non pas, comme le croit Eisele, la cérémonie per aes, laquelle n'est que la conséquence forcée du jugement.

P. 36 n. 1. — Sur les voies de recours rigoureuses données à la caution par plusieurs législations archaïques, voyez les auteurs cités par Girard, Manuel[3] p. 753 n. 3.

P. 44 n. 1. — Jhering, Études complémentaires, trad. Meulenaere, IV *Mélanges*, ne s'y est pas trompé, p. 288: »membrum ruptum désigne toute *lésion corporelle*«.

WEIMAR. — IMPRIMERIE DE LA COUR.